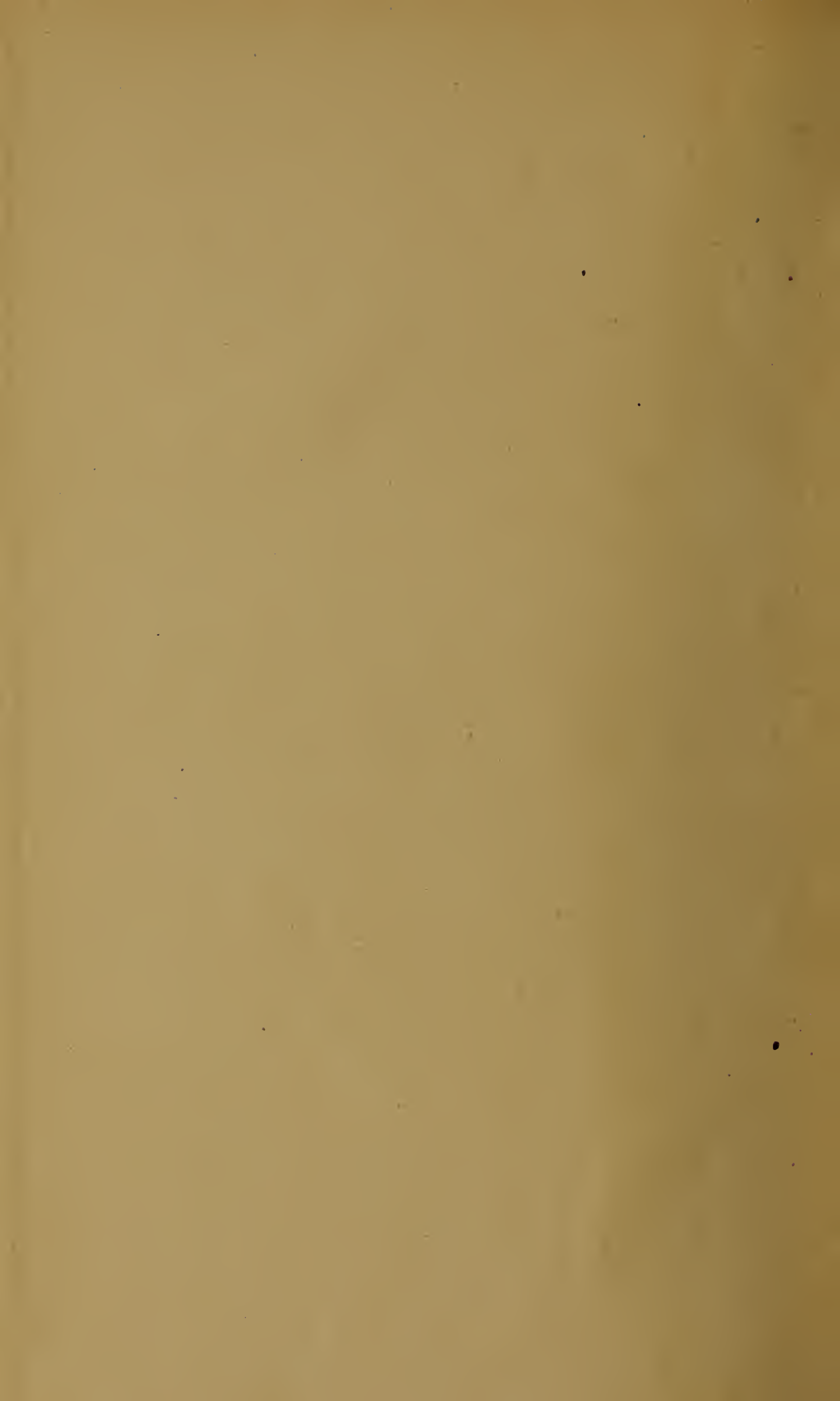

3 1761 09373266 7


UNIV.
OF TORONTO
LIBRARY













HISTORISCHE UNTERSUCHUNGEN.

HERAUSGEGEBEN

VON

J. JASTROW.

Heft VIII.

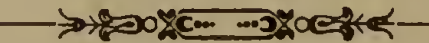
Der Freiheitsprozefs im klassischen Altertum,

insbesondere

der Prozefs um Verginia

von

Richard Maschke.



Berlin 1888.
R. Gaertners Verlagsbuchhandlung
Hermann Heyfelder.

Der Freiheitsprozefs

im klassischen Altertum,

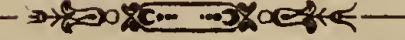
insbesondere

der Prozefs um Verginia

von

Richard Maschke.

Ἥμισυ γάρ τ' ἀρετῆς ἀποαίνυται εὐρύοπα Ζεὺς
Ἀνέρος, εὖτ' ἄν μιν κατὰ δούλιον ἦμαρ ἕλῃσιν.
Odyss. ρ, 322 f.



Berlin 1888.
R. Gaertners Verlagsbuchhandlung
Hermann Heyfelder.

Meinem Vater.



Vorwort des Herausgebers.

Die vorliegende Abhandlung, in ihren Beweismitteln ebenso wesentlich juristisch, wie in ihrem Beweismaterial philologisch, fällt mit dem gesamten Umfang ihrer Ergebnisse so zweifellos in den Bereich der historischen Wissenschaft, dafs der Herausgeber sie mit Vergnügen in die Sammlung der „historischen Untersuchungen“ aufgenommen hat; um so mehr, da die Sammlung von vornherein die Pflege der Beziehungen zu den verschiedenen Nachbarwissenschaften der Geschichte sich zur Aufgabe gemacht hat.

Der Prozefs um Freiheit oder Unfreiheit einer Person gehört für die europäische Rechtsentwickelung nur noch der Vergangenheit an; in der feineren Ausgestaltung der Garantieen zu Gunsten der persönlichen Freiheit, wie sie allmählich in dieses Verfahren eindrangen, ist eine der wesentlichen Vorstufen für die spätere humane Entwickelung zu finden.

Liegt daher in der Geschichte des Freiheitsprozesses bei allen Völkern und insbesondere bei denen des klassischen Altertums ein bedeutsames Stück Kulturgeschichte, so ist andererseits nicht zu verkennen, dafs dasselbe nicht isoliert betrachtet werden darf. Die Formen des Freiheitsprozesses sind stets die des Civilprozesses überhaupt und können nicht anders, als im Zusammenhange mit dem ganzen Rechtssystem verstanden werden.

Naturgemäfs machten sich die juristischen Bestandteile mit besonderer Schärfe in den Abschnitten über den römischen Freiheitsprozefs geltend. Um dieselben allen Lesern der „Untersuchungen“, auch denjenigen, welchen juristische Studien fern liegen, verständlich zu machen, sind ihnen auf Wunsch des Heraus-

gebers einige orientierende Bemerkungen über den Gang des römischen Prozesses im allgemeinen vorangeschickt. Naturgemäfs warf diese ganze juristisch-historische Beweisführung in ihren Ergebnissen ein neues Licht auf die Quellenstellen, deren sie sich bediente. Insbesondere stellte sich heraus, dafs Livius' Bericht über den Prozefs der Verginia vollständig mifsverstanden war. Da aber die Erfahrung lehrt, dafs alle solche Ergebnisse von den philologischen Herausgebern nicht beachtet werden, solange sie ihnen nicht in der gewohnten Form geboten werden, so hat der Verf. sich entschlossen, die Quellenvergleichung der Beilage II. mit Kommentar anzufügen. Diese Beziehung der Ergebnisse auf bestimmte Quellenstellen schien in dem vorliegenden Falle einem schnellen Orientirungsbedürfnis annähernd das zu bieten, was in den anderen Heften der Sammlung das Register der Orts- und Personennamen zu leisten bestimmt ist.

Heringsdorf, im September 1887.

Jastrow.

Vorwort des Verfassers.

Die vorliegende Untersuchung ist vor mehreren Jahren geschrieben worden. Sie begleitete ihren Verfasser im vergangenen und in diesem Jahre nach den Ländern der alten Welt und wurde nach der Rückkehr in den Druck gegeben.

Dafs die Darstellung mit der bisherigen Auffassung der älteren römischen Überlieferung im wesentlichen übereinstimmt, hat mich in der Überzeugung, das Richtige getroffen zu haben, bestärkt: andererseits ermöglichte es die Natur des vorliegenden Problems, das beiden Disciplinen angehört, historische Folgerungen auf juristischer Basis zu entwickeln und gewährte so bei den oft schwierigen Details der Quellenkritik den Rückhalt, der in dem Wesen einer juristischen Beweisführung liegt.

Wir stehen vor der Masse unserer Altrom betreffenden Überlieferung, wie der Geologe vor einem Gebirge. Es gilt, die einzelnen

Formationen und Schichten als solche zu erkennen und zu sondern. Bildungen, welche derselben Epoche angehören, werden dabei unbeschadet individueller Differenzen für die Untersuchung zunächst als gleichartig betrachtet werden dürfen: die Frage, von wo die Rudimente verschiedener Perioden in eine vorhandene Masse eingesprengt worden sind, so wenig sie zu umgehen ist, wird nur eine Station, nie das Ziel der Forschung bedeuten.

Die Einzelheiten der juristischen Beweisführung sind in den ersten Exkurs verwiesen worden, der, wie es die innere Verknüpfung der Dinge mit sich brachte, eine Anzahl der wichtigsten Fragen aus dem älteren römischen Civilprozefs behandelt. Dafs wer heute für die Trennung der Parteirollen in der Sakramentalklage eintritt, gegen den Strom schwimmt, weifs ich sehr wohl und ich würde die Absicht dieses Teils der Untersuchung erfüllt glauben, wenn durch sie eine erneute und eindringende Diskussion jenes berühmten Problems erreicht würde. Allein wie man auch hierüber denken mag, dafs in der Freiheitsklage eine solche Differenzierung auch in republikanischer Zeit anzunehmen ist, darf angesichts unserer Überlieferung über das vorbereitende Präjudizialverfahren zum mindesten als sehr wahrscheinlich angenommen werden.

Die Natur der Aufgabe, welche unter einem bestimmten Gesichtspunkt einen Querschnitt durch den antiken Rechtsorganismus bedingte, führte mich zu den griechischen Partikularrechten.

Vor kurzem ist die zweite Auflage des Meier-Schoemann'schen Handbuchs abgeschlossen worden; wer aber aus der Thatsache, dafs dieses Werk allein von den konkurrierenden eine neue Bearbeitung erlebt hat, einen an sich naheliegenden Schlufs auf die Bedeutung desselben ziehen wollte, würde in die Irre gehn. Kein Verständiger wird den Verdiensten des verewigten Schoemann um das griechische Altertum die gebührende Ehrfurcht versagen; indessen juristisch war weder seine Natur noch seine Bildung, und diese Spuren mangelnder Kongenialität mit der Materie zeigt jede Seite seines Lehrbuchs. Die bemerkenswerte Unproduktivität der deutschen Wissenschaft auf attisch-rechtlichem Gebiet, auf dem unsere westlichen Nachbarn uns seit Jahrzehnten mit glänzenden Leistungen vorangehn, beruht gewifs nicht zum wenigsten auf dem verwirrenden Eindruck jenes Handbuchs, das wohl zu den unjuristischsten gehört, die je über eine juristische Materie geschrieben wurden.

Eine Vergleichung der griechischen Rechte mit dem römischen ist so weit wie möglich, unter allen Umständen die Präsumtion von Analogieen, geschweige denn von Entlehnungen, vermieden worden.

Die Behandlung von Rechten, welche nicht wie das deutsche und römische ihre in der Sache und Überlieferung ruhende methodische Disciplinierung haben, pflegt früher oder später in eine allgemeine Rechtsvergleichung auszulaufen. Ohne die hervorragende Bedeutung eines Buches wie Leists Graecoitalische Rechtsgeschichte, verkennen zu wollen, wird man aussprechen dürfen, dafs bei dem augenblicklichen Stande der kaum erst existierenden attisch-rechtlichen Disciplin der Zeitpunkt noch nicht gekommen ist, an dem derartige Untersuchungen im allgemeinen auf hinreichend sicherer wissenschaftlicher Basis getrieben werden könnten.

Es ist ein Dilemma, wie es auf anderen Gebieten wiederkehrt z. B. gegenüber dem aristarchischen und dem homerischen Homer und die Erscheinung überall dieselbe, dafs über die unerläfsliche Vorstufe der Forschung hinaus das Kausalitätsbedürfnis der menschlichen Natur zu höheren Zielen unaufhaltsam hindrängt.

Für uns gilt es nach wie vor eine ideale Rekonstruktion vergangenen Lebens. Dafs zu diesem Riesenbau die Technik aller Disciplinen mitwirkt, ist eine Forderung, die ebenso notwendig gestellt werden mufs, als sie unmöglich erfüllt werden kann.

Königsberg i./Pr., im September 1887.

Maschke.

Inhaltsangabe.

Exkurse.

I.

Einige orientierende Bemerkungen über den Gang des römischen Civilverfahrens.

Man unterscheidet in der Entwicklung des römischen Civilverfahrens vier Perioden, als deren Grenzpunkte etwa das siebente Jahrhundert der Stadt, die mittlere Kaiserzeit und die Zeit Justinians zu bezeichnen wären.

Eine Übersicht über den Prozefsgang geht am besten von dem Verfahren der zweiten Periode aus.

Dasselbe begann damit, dafs der Kläger den, gegen welchen er Ansprüche vorbringen wollte, zu einem bestimmten Tage vor den Prätor lud. Hier wurde in mündlicher Rede und Gegenrede der Streitpunkt zunächst thatsächlich festgestellt und umgrenzt; insbesondere war es die Sache des Prätor, aus den Parteiangaben die streitigen Punkte in ihrer juristischen Tragweite zu erkennen und demnächst zu formulieren. Er that dies, indem er einem von ihm ernannten Einzelrichter — in wenigen Fällen war durch Gesetz ein Richter oder ein Richterkollegium für einzelne Kategorieen von Ansprüchen bestimmt — eine Anweisung zugehn liefs, in der dieser aufgefordert wurde, den nunmehr fest umgrenzten Streitpunkt zu untersuchen und zu entscheiden.

Das Verfahren vor dem Prätor heifst das Verfahren in iure, das vor dem untersuchenden Einzelrichter das in iudicio. Die Anweisung des Prätor an den letzteren ist die *„formula“*; von ihr hat das Verfahren den Namen „Formularverfahren.“

Diese Formel konnte je nach der Verschiedenheit des klägerischen Anspruchs eine sehr verschiedene Fassung annehmen. Hervorragend wichtig für das Verständnis des römischen Rechtsorganismus ist auch hier der Unterschied zwischen dinglichen und obligatorischen oder persönlichen Klagen. Geht mein Anspruch

auf eine bestimmte Sache, so ist damit notwendig der Gegenstand der Klage, aber noch nicht die Person des Beklagten gegeben; Beklagter vielmehr ist, wer meine Sache hat, aber nicht primär eine bestimmte Person (dingliche Klage, actio in rem). Habe ich aber eine Forderung, z. B. dafs mir eine bestimmte Arbeit, etwa der Bau einer Mauer von bestimmtem Umfang und Dimensionen von jemandem geleistet werden mufs, so ist dieser der gegebene und notwendige Beklagte (obligatorische Klage, actio in personam). Dieser Unterschied macht sich ganz erheblich in der Klagformel geltend.

Ein Beispiel der dinglichen etwa wäre:

Si paret fundum etc. ex iure Quiritium Auli Ageri esse, ni Numerius Negidius Aulo Agerio arbitratu tuo restituat, N^{um} N^{um} A^{o} A^{o} quanti ea res est condemna.

Auch über Sklaven wird in solchen Prozessen nach römischem Recht wie über Sachen gestritten: Si paret hominem Stichum etc.

Ein Formular der obligatorischen Klage etwa ist:

Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio murum etc. erigere oportere etc. etc.

Die dingliche Klage (actio in rem) heifst technisch entweder '*petitio*' (und danach die Formel petitorische Formel) oder '*vindicatio*'. Zu den Vindikationen gehört nach römischem Recht auch die Inanspruchnahme von Gewaltrechten, z. B. wenn eine Partei einen Menschen als Sklaven, ihr Gegner ihn etwa als Haussohn in Anspruch nimmt. Man nennt dies vindicatio in libertatem oder in servitutem und unterscheidet diese Ausdrücke derart, dafs eine vindicatio in libertatem stattfindet, falls das Streitobjekt bisher thatsächlich Sklave, eine vindicatio in servitutem, falls es bisher thatsächlich frei war, — letzteres unter Voraussetzung der bona fides. War dieses thatsächliche Verhältnis unter den Parteien streitig, so entschied darüber anfangs der Prätor selbst in iure, später wurde diese Vorfrage von der Hauptfrage gesondert und durch einen Specialrichter in einem eignen Verfahren erledigt, von dem sogleich zu sprechen sein wird.

Es kann nämlich auch vorkommen, dafs eine Partei sich an den Prätor wendet, nicht mit einem wirklichen Anspruch, sondern mit dem Begehren, er möge ein thatsächliches Verhältnis als solches untersuchen und feststellen, z. B. ob X. ein Freigelassener etc. sei. Es kann einer Partei von Wert sein das zu eruieren, und sie kann, im Besitz einer amtlichen Feststellung dieses Verhältnisses,

unter Umständen einen Anspruch darauf begründen resp. in einem neuen Prozefs geltend machen. Dahin gehört auch das eben erwähnte Vorverfahren im Freiheitsprozefs. Wenn A. behauptet, dafs X. sein Sklave sei, B. denselben X. als seinen Haussohn reklamiert, so kommt es zum Freiheitsprozefs. Es fragt sich, ob A. Kläger oder Beklagter ist; im ersteren Fall hat er den Beweis seines Anspruchs zu führen (vindicatio in servitutem), im zweiten Fall kann er den Beweis des Gegenteils abwarten (vindicatio in libertatem), den B. zu führen hat. Hier entscheidet das thatsächliche Besitzverhältnis, soweit es nicht augenscheinlich dolos ist; hat X. im Moment der Klaganstellung thatsächlich und bona fide als Haussohn von B. gelebt, so ist A. der Kläger, im anderen Falle ist er der Beklagte. Ist nun auch dies controvers, behauptet A., dafs X. im Moment der Klaganstellung thatsächlich sein Sklave gewesen (nicht blofs rechtlich), B., dafs er thatsächlich bei ihm als Haussohn gelebt habe, so entscheidet über dieses momentane Besitzverhältnis im Moment der Klaganstellung und damit über die Parteirollen im nachfolgenden Hauptprozefs ein Vorverfahren, ein praeiudicium, das anfangs vom Prätor selbst kraft eigner Kognition durch Dekret erledigt wurde. Es bildet so einen Inzidentpunkt in dem Hauptprozefs und zwar in demjenigen Theil desselben, der sich in iure, eben vor dem Prätor selber, abspielt.

Ebenso wie das hier beschriebene Vorverfahren bei der Freiheitsklage zum Hauptprozefs, verhält sich bei der gemeinen Sachvindikation der Besitzprozefs zum Eigentumsprozefs. Ist das Eigentum an einer Sache streitig, so wird naturgemäfs der Besitzer — die bona fides immer vorausgesetzt — Beklagter sein und den Beweis des Klägers abwarten dürfen. Denn dieses letztere ist nach genereller römischer Prozefsvorschrift der Vorzug der Beklagtenrolle. Ist aber auch der momentane Besitz streitig, so mufs, damit die Parteirollen für die Eigentumsklage feststehn, erst über diesen entschieden werden. Man nennt den Besitzprozefs 'possessorium' im Gegensatz zum 'petitorium', eben der Eigentums-Klage.

Auch aufser diesem Präjudizialverfahren kamen, wenn auch zunächst äufserst selten, Fälle vor, in denen der Prätor die Sache, statt sie einem Judex zu überweisen, selbst durch Dekret nach eigner „Kognition“ entschied. Hier ist also der Grundgedanke des regulären römischen Prozefsrechts, die Trennung des instruierenden Berufsrichters von dem untersuchenden und erkennenden Laien-

richter aus der Hand gegeben. Es lag in den Verhältnissen, dafs mit dem Sinken der bürgerlichen Freiheit seit der mittleren Kaiserzeit dieses Verfahren immer weitere Ausdehnung fand und zuletzt den Formularprozefs in den meisten Fällen verdrängte. Dies ist die *„cognitio extraordinaria“* der dritten Periode, welche vom Formularprozefs zu dem Verfahren der ausschliefslichen magistratischen Kognition hinüberleitet, die wir in den Digesten finden.

Das Verfahren der Digesten ist das der vierten Periode.

Wenn wir demnach den Civilprozefs der zweiten Periode, den Formularprozefs, in seinen allerrohesten Umrissen skizziert und die Prozefsformen der dritten und vierten Periode wenigstens erwähnt haben, so erübrigt noch eine einführende Bemerkung über das ält este römische Civilverfahren. Dasselbe unterscheidet sich vom Formularprozefs durch die Verschiedenheit des Verfahrens in iure. Die Parteien traten vor den Prätor und sprachen ihre Behauptungen und Gegenbehauptungen in bestimmten vom Gesetz vorgeschriebenen Sätzen unter Vornahme gleichfalls solenner, symbolischer Ritualhandlungen aus. Diese Parteihandlungen in iure sind die legis actio; von ihnen führt das Verfahren den Namen „Legisaktionsprozefs.“

Auch hier tritt der oben besprochene Unterschied zwischen dinglicher und persönlicher Klage hervor, und zwar wie in der zweiten Periode in dem Wortlaut der Formel, so hier in dem Wortlaut der Legisaktion.

Bei der persönlichen Klage sagt Kläger: Aio te mihi centum dare oportere. Beklagter repliziert: Nego me tibi centum dare oportere.

In der dinglichen Klage Kläger: Hanc rem oder hunc hominem meam esse aio ex iure Quiritium etc. Beklagter hat mit denselben Worten zu antworten. Bei der Vindikation von Gewaltrechten modifiziert sich das; z. B. bei einem Streit zwischen angeblichem Herrn und angeblichem Vater würde ersterer sagen: hunc hominem Stichum meum esse aio, letzterer h. h. St. filium familias meum esse aio.

Beide Parteien setzen dann eine Summe Geldes vor dem Prätor für die Richtigkeit ihrer resp. die Unrichtigkeit der gegnerischen Behauptung ein, die sie im Falle des Unrechts an das Ärar verlieren. Diese Summe heifst *Sacramentum*, von ihr führt diese Klage den Namen „Sakramentalklage.“

Bevor der Prätor den erkennenden Richter ernennt, verfügt er noch über das Streitobjekt, d. h. er macht eine der Prozefsparteien, nach freier Wahl, zum Besitzer desselben gegen Kaution für Rückgabe resp. Wertersatz für die Sache und ihre Früchte, falls der so konstituierte Besitzer schliefslich unterliegt. Dies heifst technisch Verteilung der Vindicien, dictio vindiciarum. Sie geschah in der Form, dafs der Prätor am Ende des Verfahrens in iure erklärte: Vindicias secundum te Ageri oder Numidi do oder dico, und gleichzeitig dem so Genannten das Streitobjekt einhändigte.

Das Urteil des Richters lautete über die Sakramente, d. h. er erklärte, sacramentum Ageri od. Numidi iustum esse. Darin lag gleichzeitig die Entscheidung über den materiellen Anspruch.

Hatte der Sieger vorher nicht die Vindicien erhalten, so war es zunächst Sache des unterlegenen Inhabers derselben, das Objekt mit den Früchten zu restituieren resp. mit dem Sieger sich sonstwie zu einigen. Geschah das nicht, so wurde der Anspruch des Siegers in einem Liquidationsverfahren (arbitrium litis aestimandae) in Geld umgesetzt, wobei mindestens die Früchte d. h. der Nutzungsertrag der Sache während des Prozesses, vielleicht auch die Sache selbst zum doppelten Wert gerechnet wurden, und nun war ihm ein sehr energisches Mittel in die Hand gegeben, diesen Geldanspruch geltend zu machen, eine neue Klage, aber unter Bedingungen, wie sie für den Verurteilten schwerer kaum gedacht werden können. Er konnte diesen, den Iudikatsschuldner, statt der sonst üblichen Ladung vor den Prätor, ohne weiteres verhaften, vor den Prätor führen und ihn sich dort unter Angabe seines Anspruchs als Schuldknecht zusprechen lassen. Letzterer durfte sich nicht selbst verteidigen, vielmehr konnte eine Verteidigung und damit eine Revision des Gesamtverfahrens nur durch einen Vertreter, vindex, des Verhafteten geschehen, welcher damit freilich das Risiko übernahm, dafs die geschuldete Summe im Fall der neuen richterlichen Anerkennung der Schuld sich verdoppelte.

Diese Handanlegung des Schuldners heifst manus iniectio und davon das Verfahren Manusinjektionsklage; ihr wesentlicher Zweck also ist die Exekution von Urteilen, die in anderen Prozessen ergangen sind, nachdem dieselben in Geldwert umgesetzt waren.

II.

Der Freiheitsprozeſs in Rom.

1. Form desselben.

Daſs der Freiheitsprozeſs sich in der Form der Sakramentalklage vollzog, erwähnt Gaius[1]) in der Beschreibung derselben und bezeugt noch für das Ende der Republik Cicero wiederholt[2]). Diese Verbindung lag der älteren Zeit um so näher, als der Prozeſs um die Freiheit oder Sklaverei eines Menschen wenigstens von dem Standpunkt der einen Partei gleichzeitig als einfache Vindikation zu bezeichnen ist.

Für einen langen Zeitraum in der Folge fehlt es dann gänzlich an Nachrichten über die Form der Freiheitsklage. Wir können nur durch Schluſsfolgerungen erraten, in welcher Weise von der zweiten Periode an, als die Formularklage das Sakramentalverfahren verdrängt hatte, die korrelaten Ansprüche auf Eigentum und Freiheit rechtlich erledigt wurden. Festen Boden finden wir, wie begreiflich, erst wieder in den Digesten vor, wo natürlich das rein magistratische Verfahren der cognitio extraordinaria, die allmählich den gemeinen Prozeſs verschlungen hatte, auch auf die causa liberalis Anwendung fand.

Wenn aber die herrschende Theorie daraus die Konsequenz gezogen hat, daſs auch in der klassischen Zeit der Freiheitsprozeſs die Form der Feststellungsklage annahm, so kann diesem Miſsverständnis m. E. nicht nachdrücklich genug begegnet werden. Mit Recht bemerkt Lenel[3]), daſs in den Digesten die Freiheitsklage an keiner Stelle als praeiudicium bezeichnet wird, eine Unterlassung, die bei den anderen Praejudizien nicht wohl vor-

---

[1]) Gaius IV, 14: si de libertate hominis controversia erat, etsi pretiosissimus homo esset, tamen ut L assibus contenderetur, eadem lege cautum est.

[2]) Cic. pro Caecina 33. Cum Aretinae mulieris libertatem defenderem et Cotta decemviris religionem iniecisset, non posse sacramentum nostrum iustum iudicari . . . prima actione non iudicaverunt; postea . . . . sacramentum nostrum iustum iudicaverunt; und pro domo 29: si decemviri sacramentum in libertatem iniustum iudicassent, tamen quotiescunque vellet quis in hoc genere solo rem iudicatam referre posse voluerunt. Die Deutung dieser Belege bei Stintzing Verhältnis etc. p. 32, welche von Dernburg kritische Zeitschrift I p. 462 gebilligt wurde, vermag ich nicht zu teilen.

[3]) Lenel, Das Edictum p. 305 f. Vorher schon kurz Puchta, Institutionen II, p. 124 f.

kommt. Ungleich erheblicher ist aber der tiefe organische Unterschied zwischen den sonstigen Feststellungsklagen und der Libertätsklage: jene erledigen eine Vorfrage, die, in einem neuen Verfahren geltend gemacht, vermögensrechtlich relevant sein kann, diese entscheidet in endgiltiger und exequierbarer Form über ein Vermögensobjekt. Allerdings finden wir eine Feststellungsklage im Freiheitsprozefs überliefert: allein sie hat den Zweck, für den Fall, dafs auch der momentane Besitz streitig ist, die Parteirollen für das spätere Hauptverfahren festzusetzen. Genau dasselbe Verhältnis besteht bekanntlich bei den possessorischen Interdikten und der Vindikation, dem petitorium.

Ganz deutlich spricht es Ulpian aus, dafs, wenn der thatsächliche Zustand im Moment der Klaganstellung unter den Parteien streitig ist, dann in einem dem Hauptprozefs vorangehenden Feststellungsverfahren entschieden wird, wer Kläger und wer Beklagter ist[1]). Auf diesen Fall ist es zweifellos zu beziehen, wenn an zwei Stellen[2]) in den Digesten die Feststellungsklage in naher Verbindung mit dem Freiheitsprozefs erwähnt wird.

Es ist ein absolutes Mifsverständnis, wollte man hier, wo von einem möglichen, keineswegs nötigen Vorverfahren gesprochen wird, an die eigentliche Freiheitsklage denken. Neben dem klassischen praeiudicium,

an Pamphilus in libertate sine dolo malo fuerit,

mufs noch ein anderes Rechtsinstitut zur Entscheidung der Haupt-

---

[1]) L. 7 § 5 D. 40, 12. Si quis ex servitute in libertatem proclamat, petitoris partes sustinet: si vero ex libertate in servitutem petatur, is partes actoris sustinet, qui servum suum dicit. igitur cum de hoc incertum est, ut possit iudicium ordinem accipere, hoc ante apud eum, qui de libertate cogniturus est, disceptatur, utrum ex libertate in servitutem aut contra agatur. et si forte apparuerit, eum qui de libertate sua litigat, in libertate sine dolo malo fuisse, is qui se dominum dicit actoris partes sustinebit et necesse habebit servum suum probare: quod si pronuntiatum fuerit, eo tempore quo lis praeparabatur, in libertate eum non fuisse aut dolo malo fuisse, ipse qui de sua libertate litigat, debet se liberum probare.

[1]) § 137 IV. 6 cf. Theophilus zu dieser Stelle: praeiudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt per quas quaeritur, an aliquis liber vel an libertus sit; und c. 21 C. VII, 16 Rescr. d. d. Diocl. et Max. Eam quae in possessione libertatis non sine dolo malo reperitur in servitutem constitutae simile habere praeiudicium edicto perpetuo „si controversia erit, utrum ex servitute in libertatem petatur an ex libertate in servitutem“ sui conceptione manifeste probatur.

frage, ob Pamphilus rechtlich frei oder dem Vindikanten zuzusprechen sei, bestanden haben. Dafs es gleichfalls eine Feststellungsklage war, erscheint schon aus formalen Gründen im höchsten Mafse unwahrscheinlich: wir hätten dann ein praeiudicium zur Vorbereitung eines praeiudicium! Die römische Jurisprudenz empfand einmal die Freiheitsklage als eine dingliche, nicht blofs die vindicatio in servitutem, die offenkundig eine actio in rem gegen den assertor, den Freiheitsvindikanten ist[1]), sondern auch die vindicatio in libertatem, die, das einfache Gegenstück der ersten, sich von ihr nur durch die Umkehrung der Parteirollen unterscheidet: der assertor in libertatem ist hier Kläger, dort Beklagter. Natürlich kann durch diesen rein thatsächlichen Unterschied keine gegnerische Differenz der Prozefsformen begründet werden: die Annahme scheint unabweislich, dafs die klassische Libertätsklage in der zu jener Zeit typischen Form der dinglichen Klage, nämlich als actio in rem per formulam petitoriam verhandelt wurde.

Indessen wir sind nicht darauf beschränkt, diese Thatsache aus inneren Gründen zu vermuten; sie ist mit hinreichender Deutlichkeit in einer von den Kompilatoren der Digesten an die Spitze der Vindikationslehre gestellten Bemerkung Ulpians[2]) enthalten:

> Post actiones quae de universitate propositae sunt subicitur actio singularum rerum petitionis. Quae specialis in rem actio locum habet in omnibus rebus mobilibus tam animalibus quam his quae anima carent et in his quae solo continentur. Per hanc autem actionem (nämlich per rei vindicationem) liberae personae quae sunt iuris nostri ut puto liberi quae sunt in potestate non petuntur: petuntur igitur aut praeiudiciis aut interdictis aut cognitione praetoria et ita Pomponius libro trigensimo septimo: *nisi forte inquit adiecta causa quis* **vindicet:** si quis ita petit „filium suum“ vel „in potestate ex iure Romano“ videtur mihi et Pomponius consentire recte eum egisse; ait enim adiecta causa ex iure Quiritium vindicare posse.

Hier ist direkt ausgesprochen, dafs die modifizierte Vindikationsformel der petitorischen Klage auf den Freiheitsprozefs An-

---

[1]) cf. Lenel c. p. 308.
[2]) L. 1 D. VI, 1.

wendung fand. Freilich wird diese Anwendung in subsidiärer Form schwankend und auf die Autorität eines älteren Juristen hin erwähnt: sie hatte eben aufgehört, das in diesem Fall übliche Rechtsmittel zu sein und war durch die anderen Prozefsformen verdrängt worden, welche derselbe Schriftsteller unmittelbar vorher erwähnt. Von diesen können die Interdikte de homine libero exhibendo und ducendo hier füglich aufser acht bleiben. Dafs die Praejudizialklage neben der extraordinaria cognitio die eigentliche Vindikation verdrängte, findet, wie schon oben angedeutet, seine Erklärung zum Teil in der Entwicklung des römischen Civilprozefsrechts, die eben vom Formularverfahren zur schliefslichen Alleinherrschaft der magistratischen Kognition geführt hat. Allein daneben dürfte zu erwägen sein, dafs das praeiudicium

utrum in libertatem an in servitutem petatur,

welches wir als das alleinige praeiudicium des klassischen Libertätsprozesses betrachten, das nachfolgende Hauptverfahren in vielen Fällen überflüssig zu machen geeignet war: hatte der Richter entschieden, dafs die streitige Person als bona fide frei zu betrachten sei, so mochte sich der Kläger überlegen, ob er, dem das schwierige onus probandi, welches er auf die Gegenpartei abzuwälzen gedachte, nunmehr selbst oblag, nicht von dem Prozefs lieber zurücktrat. So konnte das praeiudicium über die Beweislast, welches nur den thatsächlichen Zustand, nicht die Rechtsfrage entschied, den Hauptprozefs ersetzen, wie das possessorium gewifs oft das petitorium überflüssig gemacht hat, zu dem es in demselben Verhältnis steht. Nur dafs wir dies in der Freiheitsklage zweifellos sehr viel häufiger annehmen dürfen: denn die Entscheidung über den thatsächlichen Besitz von Mobilien und Immobilien enthält keineswegs mit Sicherheit auch die Entscheidung über das Recht auf diesen Besitz, während wir, was den Freiheitsprozefs anlangt, annehmen dürfen, dafs durch richterliche Konstituierung des thatsächlichen Zustandes bis zu einem gewissen Grade auch der rechtliche Sachverhalt beurteilt war: wer als bona fide im Zustand der Freiheit befindlich rechtlich anerkannt wurde, wird in der Regel auch objektiv als frei zu betrachten gewesen sein, während umgekehrt, wer durch richterliches Erkenntnis, wo die Beweislast streitig war, als Sklave resp. als dolo malo in libertate morans bezeichnet wurde, in den meisten Fällen auch kein Recht auf die Freiheit gehabt haben wird.

Eine wesentlich andere Auffassung sowohl der Freiheits- als der Sakramentalklage überhaupt sucht Brinz[1]) in seinem Gutachten über Lenels Edictum geltend zu machen:

> „Ausgemacht richtig dünkt dem Referenten die Behauptung des Verfassers, dass der Freiheitsprozeſs in klassischer Zeit noch nicht das praeiudicium der vierten Periode gewesen sei: allein, wenn er vordem legis actione sacramento, dann in rem actione per sponsionem verhandelt wurde: waren legis actio sacramento, und dann die in rem actio per sponsionem nicht selbst und wesentlich praeiudicia? oder hatte in l. a. der Kläger mit dem Urteil, das sein sacramentum iustum sei, auch schon seine Sache? und ist in der in rem actio per sponsionem diese sponsio nicht selbst praeiudicialis geheissen? muſs man also, anstatt zu sagen, der Freiheitsprozeſs sei erst später praeiudicium geworden, nicht vielmehr sagen, der Freiheitsprozeſs ist praeiudicium geblieben, die übrigen Vindikationen sind petitiones geworden?"

Die von Brinz indirekt gestreifte Frage, ob die Sakramentalklage ihrer juristischen Struktur nach als praejudizial im späteren Sinne betrachtet werden darf, ist in dem dieser Darstellung beigefügten Exkurse ausführlich erwogen und zwar verneint worden. Allein davon ganz abgesehn, wird, wer die hier gegebene Darstellung für zutreffend hält, als entscheidend ansehen, daſs die Anwendung der gemeinen Vindikation, des geraden Gegenteils eines praeiudicium auf die Freiheitsklage Brinz entgangen ist. Wir würden demnach eine Unterbrechung der praejudiziellen Libertätsklage auf viele Jahrhunderte und ein Zurückkehren zu ihr in der vierten Periode konstatieren müssen. Einen solchen Zusammenhang, falls ihn die Überlieferung und die ratio der Sache verlangte, anzunehmen, würde keine unüberwindlichen Schwierigkeiten haben; ihn der Überlieferung und der Sache aufzudrängen wird niemand beabsichtigen.

Die Entwicklung der Freiheitsklage im römischen Recht dürfte hienach so zu denken sein:

In der ersten Periode: Erledigung durch Sakramentalverfahren. Wo der thatsächliche Zustand, nicht bloſs die Rechtsfrage, streitig war, Regulierung desselben und damit der Parteirollen durch magi-

---

[1]) Z. der Savignystiftung rom. Abt. IV p. 175, 7.

stratische Kognition — analog der magistratischen Kognition über Beweislast in der dinglichen Klage vor Einführung der possessorischen Interdikte.

In der zweiten Periode: Erledigung der Hauptfrage vielleicht in einem Übergangsstadium durch in rem actio per sponsionem, regulär durch in rem actio per formulam petitoriam, der Vorfrage aufangs noch durch prätorische Kognition, dann durch ein praeiudicium über die Frage utrum e servitute in libertatem an e libertate in servitutem petatur.

In der dritten Periode: Erledigung der Vorfrage durch praeiudicium, der Hauptfrage, wo sie nötig wurde, bei dem Feststellungsrichter im Wege der extraordinaria cognitio.

Dadurch vorbereitet:

In der vierten Periode: Das praeiudicium der Digesten.

2. Kritik von Puntscharts „Der Prozefs um Verginia".

Die einzige umfassende Behandlung des Prozesses um Verginia liegt bei Puntschart vor.[1] Die Widerlegungen, welche diese in der That ungewöhnlich mangelhafte Untersuchung erfahren hat, sind auf die Irrtümer der Textinterpretation, die zuweilen Irrtümer der Textübersetzung sind, bisher weniger eingegangen:[2] thut man dies, so zeigt sich, dafs der philologische Teil des Werks dem juristischen entspricht.

Freilich hat der Verfasser durch seine Auffassung der Freiheitsklage als Manusiniectionsklage[3]) sich das Verständnis des Livianischen Berichts von vornherein verschlossen; allein auch darüber hinaus leistet seine Paraphrase des überlieferten Textes das Unglaubliche.

Es soll dies nur an einigen wenigen Stellen nachgewiesen werden, welche die Auffassung der wichtigsten Prozefsmomente bestimmen. Gleich zu Anfang des Prozefsberichts finden wir eine äufserst charakteristische Probe dieser Interpretation. Bei Livius

---

[1]) Puntschart, Der Prozefs um Verginia 1860.

[2]) Ubbelohde in den GGA 1863, p. 1481—1500. Programm von Feldkirch 1861/62. Die letztere schwer zugängliche Schrift verdanke ich der Freundlichkeit des Jesuitenkollegiums von F. Eck, Doppelseitige Klagen 1870 p. 25 n. 88. Auf diese Darstellungen wird in dem folgenden Abschnitt dieses Kapitels eingegangen werden.

[3]) Das Nähere darüber in dem Exkurse.

giebt der Decemvir seinem Klienten zunächst Verhaltungsmaſsregeln für den beginnenden Prozeſs:

> negotium dedit, ut virginem in servitutem assereret neque cederet secundum libertatem postulantibus vindicias, quod pater puellae abesset locum iniuriae esse ratus.[1])

Die Umwege, welche Puntschart zur Erklärung der Worte neque-vindicias einschlägt, und die über das Gesamtgebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit adoptio, in iure cessio, manumissio führen, möge man bei ihm selbst nachlesen: hier kommt nur das Resultat in Betracht: „Die Anwendung eines Gesetzes läſst sich aber nicht bestreiten, sobald alle rechtlichen Voraussetzungen desſelben vorhanden sind; denn in diesem Fall muſs der Magistrat seines Amtes handeln. Was sich also bestreiten läſst, sind lediglich nur die Voraussetzungen, von denen die Anordnung eines Gesetzes abhängt. Die nächste Voraussetzung der Anwendung des Gesetzes über die vindiciae ist nun die, daſs wirklich ein Vindikationsprozeſs vorhanden ist. Dieser aber hat wieder zur Voraussetzung, daſs der sich erbietende vindex als tauglich befunden wurde. Soll nun die Anwendung des Gesetzes über vindiciae secundum libertatem bestritten werden, so muſs zuerst die Tauglichkeit des sich stellenden vindex angefochten werden. Appius drängt also die Sache in die Sphäre, in welcher er nach seinem Ermessen verfahren kann.“[2])

Sieht man davon ab, daſs in den Livianischen Worten: non cederet secundum libertatem postulantibus vindicias unmöglich der vom Verfasser gewollte Sinn liegt: Claudius solle bestreiten, daſs die Voraussetzungen einer Vindikation vorlagen, d. h. daſs die advocati als angemessene vindices anzuerkennen seien,[3]) so käme zunächst in Betracht, ob wirklich die Entscheidung über Tauglichkeit eines vindex vom discretionären Ermessen eines Beamten abhing. Es ist möglich, daſs die Bestimmung der XII Tafeln über den vindex:

> assiduo vindex assiduus esto, proletario iam civi quis volet vindex esto.[4])

---

[1]) Livius III, 44, 5 f.

[2]) Puntschart c. p. 36 ff.

[3]) cf. Eck, Doppelseitige Klagen p. 25 n. 88. — Ebenso wenig freilich in den von P. substituierten Worten, neque cederet vindicationem in libertatem postulantibus. die überdies nicht lateinisch sind.

[4]) I, 4 Bruns.

sich nur auf in ius vocatio bezieht; allein sicher enthält der Grundsatz der Vaticanischen Fragmente, dafs nur der Verdacht der Kollusion ein genügender Ausschliefsungsgrund von der Prozefsübernahme ist,[1]) das schon damals mafsgebende Prinzip; welch' ein Rechtszustand würde sich auch ergeben, wenn in dem ohnehin schon so gefährlichen Verfahren der prozefsleitende Beamte einen vindex beliebig zurückweisen könnte! Zur Motivierung des angeblichen Livianischen Irrtums bezieht sich der Verfasser auf ein von Livius am Ende seines Berichts gemachtes Geständnis, er habe in seinen Quellen keine ihm einleuchtende Erklärung von Appius' Dekret der vindiciae secundum servitutem gefunden und begnüge sich daher die nackte Thatsache zu erwähnen, die er also als solche in seinen Berichten gleichlautend mufs gefunden haben, dafs Appius ein derartiges Dekret erlassen habe:[2])

> quem decreto sermonem praetenderit: quia nusquam ullum in tanta foeditate decreti verisimilem invenio, id quod constat nudum videtur proponendum, decresse vindicias secundum servitutem.

Auf diesen Satz stützt nun P. die allgemeine Behauptung, dafs Livius in den ihm vorliegenden Berichten nichts ihm Einleuchtendes gefunden und hält sich demgemäfs für berechtigt überall, wo bei Livius von Vindizien die Rede ist, d. h. in allen wesentlichen[3]) Teilen seines Berichts — denn der Kern desfelben ist ja, dafs Appius ungerechte Vindizien erteilt habe — den Schriftsteller in beliebiger Weise zu korrigieren, so dafs von diesem Autor schliefslich nicht mehr ein Satz unverfälscht stehen bleibt.

Die entscheidende Korrektur aber erfährt Livius darin, dafs der Verfasser ihm Schuld giebt, bei der Erteilung der vindiciae „die allgemein bekannten, eigentlichen vindiciae, nicht aber die vorläufigen, am Schlufs der Vorverhandlung zu erteilenden“[4]) gemeint zu haben. Allein hier ist wieder übersehen, dafs eine wenn auch noch so gewaltsame Korrektur des Livianischen Berichts zur Durchführung dieser Auffassung zwar nötig, aber nicht genügend

---

[1]) Frgm. Vat. n. 324 Huschke: ob turpitudinem et famositatem prohibentur quidam cognituram suscipere, assertorem non nisi suspecti praetori.

[2]) Livius III, 48, 4.

[3]) Die Rechtsbestände verlangen die vind. sec. libert. (III, 44, 2), Appius bezieht sich auf sein Vindiziengesetz (Liv. III, 85, 2). Die Fälle liefsen sich beliebig vermehren.

[4]) Puntschart c. p. 38 f.

ist. Denn nicht blofs Cicero,[1]) dessen Notizen über römische Vorzeit der älteren Tradition angehören, auch der weitaus zuverlässigste, weil einzig juristische, Bericht über unseren Prozefs, der in Pomponius Abrifs der Rechtsgeschichte,[2]) verlegt die Katastrophe in den Bruch von Appius' Vindiziengesetz. Wer aber, wie der Verfasser, diese Bezeugung nicht für genügend hält, der hätte mindestens die Verpflichtung gehabt, die Basis der eignen Konstruktion, die Bedeutung des Wortes vindiciae, etwas sorgfältiger zu prüfen, als hier geschehen ist.

P. geht von der feststehenden Thatsache aus, dafs die Verhandlungen in iure sich oft über mehr als einen Termin erstreckten, weil der Vornahme des eigentlichen Rituals noch formlose Vorbesprechungen vorausgehen mufsten. War nun das Streitobjekt in iure anwesend und auch der momentane Besitz streitig, so wurde eine Verfügung des Prätor über den Besitz bis zum nächsten, eigentlichen Termin in iure nötig, und diese Verfügung soll gleichfalls den Namen vindiciae geführt haben![3])

Unsere Hauptquelle über den Begriff von vindiciae ist eine, wie stets unkritische, Sammlung alter Erklärungsversuche bei Festus:[4])

> Vindiciae appellantur res eae de quibus controversia est: quod potius dicitur vis quam fit inter eos qui contendunt (1). — Cato in ea quam scribsit L. Furio de aqua: . . . s praetores secundum populum vindicias dicunt (2). — . . . et Lucilius: nemo hic vindicias neque sacra neque numen veretur (3). — de quo verbo Cincius sic ait: vindiciae olim dicebantur [glaebae] illae, quae ex fundo sumptae in ius adlatae erant (4). — At Ser. Sulpicius [nomine et]iam singulariter formato vindiciam esse ait [eam rem], qua de re controversia est ab eo quod vindicatur (5). — . . . et in XII tabulis: si vindiciam falsam tulit si velit is [prae]tor arbitros tres dato: eorum arbitrio . . ., fructus duplione damnum decidito (6). —

---

[1]) Cicero de re publ. III, 32, 44 cf. Ascon. in Corn. p. 77.

[2]) L. 2 § 24 D. I, 2: Verginius cum animadvertisset Appium Claudium contra ius quod ipse ex vetere iure in XII tabulas transtulerat vindicias filiae suae a se abdixisse et secundum eum qui in servitutem ab eo suppositus petierat dixisse . . . .

[3]) So schon Schmidt in Z. f. g. R. XIV. 1848 p. 77 f., p. 85 ff.

[4]) Festus p. 376 M. Bruns fontes ed. Mommsen p. 376. cf. Schoell XII tab. p. 161. Voigt, Recht der XII Tafeln II. p. 49 ff.

Als sprachlich ursprünglich dürfte hiernach vindicia im Singular zu betrachten sein (5). Das Wort bedeutete damals das Streitobjekt, über welches mittelst Vindikation d. h. in legis actio sacramento entschieden wurde, und welches demgemäfs bei Beginn der Prozedur sich in iure befand. Daher wurde der Ausdruck mittelst naheliegender Übertragung bei Immobilien auf dasjenige Stück angewendet, welches gleichsam zur Repräsentation des Ganzen vor Gericht gebracht wurde (3).

Neben dem Streitobjekt, insofern es vindiziert wird, scheint auch der Akt des Vindizierens selbst vindicia genannt worden zu sein.[1]) Indessen die reguläre Bedeutung des Worts ist „Streitobjekt im Vindikationsprozefs", eben durch diesen Zusatz von dem umfassenderen lis geschieden, welches das Streitobjekt im allgemeinen oder richtiger Prozefsanspruch überhaupt zu bedeuten scheint.[2])

Die Erklärung des Wortes, welche Festus aus dem ihm vorliegenden und von ihm vorgelegten Material abstrahiert hatte (res de quibus controversia est Nr. 1), ist demnach zu eng gefafst;[3]) sie beruht wohl auf derjenigen von Sulpicius (5), der trotz der ungenauen Ausdrucksweise dem Richtigen am nächsten kam.

Fassen wir nun vindicia als Streitobjekt in der l. a. sacramento, so erklären sich aus der Natur des Verfahrens bei dieser Klage eine Reihe technischer Wendungen: Bekanntlich wurde am Ende des Verfahrens in iure der interimistische Besitz des Objekts an eine der Parteien vergeben, was Gaius[4]) so ausdrückt und erklärt: deinde praetor vindicias secundum alterum dicebat, id est

---

[1]) Gellius XX, 10, 7 de qua re disceptatur in re praesenti . . . cum adversario simul manu prendere et in ea re sollemnibus rebus vindicare id est vindicia.

[2]) Varro de l. l. VII, 5, 93: quibus res erat in controversia ea vocabatur lis. Noch deutlicher Ulpian: L. 23 D. 16, 36: litis nomen omnem actionem significat sive in rem sive in personam. Daneben sucht Voigt c. I p. 582 noch eine engere Bedeutung von lis zu konstruieren, wonach dasselbe die Klage in l. a. sacramento im Gegensatz zu dem iurgium der l. a. per iudicis postulationem bedeutet. Vergl. dazu Karlowa, Civilprozefs p. 1—10 und 47—58. Die Frage kann hier auf sich beruhen, da wir es nur mit lis in der Bedeutung Klagobjekt zu thun haben.

[3]) Bedenklicher erscheint jedenfalls seine neuerdings wieder aufgenommene etymologische Rechtfertigung dieser Erklärung (Roth Ztsch. der Savignyst. II, p. 128).

[4]) Gaius IV, 16.

aliquem interim possessorem constituebat. Dies ist der gewöhnliche Ausdruck,[1]) daneben vindicias decernere;[2]) secundum aliquem dare,[3]) vom Standpunkt des konstituierten Besitzers ferre,[4]) des bisherigen Besitzers, der nicht bestätigt wurde, amittere, was freilich nur in einer übertragenen und dichterischen Wendung vorkommt:[5]) der Streit über die Vindizien wird durch die Worte vindicias postulare[6]) und contendere[7]) bezeichnet. Der Vindizienempfänger nun hatte öffentliche Bürgschaft zu leisten, praedes litis et vindiciarum,[8]) wozu Gaius die erklärende Glosse hinzufügt: id est rei et fructuum. Diese Erklärung von Gaius, welche sehr nach eignem Fabrikat aussieht, anzunehmen,[9]) scheint mir äufserst bedenklich: wir wissen von dem Begriff der vindiciae genug, um sagen zu müssen, dafs für die Bedeutung „Nutzungsertrag“ jede Anknüpfung und jede Spur fehlt, und es würde einer anderen Autorität als der von Gaius bedürfen, dessen Quelle wir hier nicht kennen und der daher nicht zu kontrollieren ist, um eine solche Annahme möglich erscheinen zu lassen. Lis und vindiciae als Pleonasmus zu betrachten,[10]) wird man sich auch dann ungern entschliefsen, wenn man lis im Sinne von Klagobjekt den vindiciae gleichstellt. Nach dem oben Ausgeführten bedeutet lis das Streitobjeckt resp. den Prozefsanspruch im allgemeinen, vindiciae dasfelbe im Vindikationsprozefs. Erwägen wir nun, dafs öffentliche Verbürgung auch in anderen Prozessen als der dinglichen Sakramentalklage vorkommen konnte, so liegt es nahe, in dem Ausdruck praedes litis vindiciarum die vindiciae auf das Streitobjekt in der Vindikationsklage, die lis auf das Streitobjekt in jeder anderen Klage zu beziehen,[11]) so

---

[1]) L. 2 § 24 D. I, 2. Liv. III, 56, 6. 58, 7. Festus l. c. No. 2. Irrtümlich citiert Voigt c. II p. 51 n. 32 Gellius XX, 10, 9 für diesen Gebrauch.

[2]) Livius III, 47, 5.

[3]) Arnobius adv. g. IV, 16. Liv. III, 44, 12 etc.

[4]) lex XII tab. 12, 3.

[5]) Cic. rep. III, 32, 44: cum vindicias amisisset ipsa libertas.

[6]) Liv. III, 44, 5.

[7]) Gellius XX, 10, 1.

[8]) Gaius 4, 16; daher die spätere stipulatio pro praede litis vindiciarum Gaius 4, 94, aus der Asconius bekanntlich die lis vindiciarum gemacht hat; cf. Savigny, Vermischte Schriften I, 308 ff.

[9]) So Puchta c. I p. 474.

[10]) Voigt c. II, p. 54 n. 44.

[11]) Zu einer anderen Erklärung würde die Erwägung führen, dafs die lis, d. h. der Prozefsanspruch in der dinglichen Sakramentalklage eben das

dafs die Wendung also allen im alten Civilprozefs möglichen Fällen von vornherein angepafst wäre. Dafs mit dem Begriff der vindiciae dann auch die Nutzungen sich ganz von selbst verbanden, liegt in der Natur der Sache, da das römische Prozefsrecht bekanntlich von Anfang an als feststehenden Grundsatz die Verbindlichkeit zur Entschädigung nicht blofs für das Streitobjekt sondern auch für die omnis causa d. h. die Ertragsnutzungen desselben festgehalten hat. Vielleicht hängt damit auch der Gebrauch des Wortes in Pluralform zusammen, der die ältere Singularform mehr und mehr verdrängt hat. Aus all' diesem nun ergiebt sich, soweit ich sehen kann, auch nicht der Schatten einer Möglichkeit, den Begriff vindiciae resp. vindicias dare etc. auf eine etwaige Regulierung des Besitzstandes während der Vorverhandlungen zu beziehen: Abgesehen von dem Schweigen der Quellen erscheint das sprachlich wie sachlich gleich unmöglich. Sprachlich, denn das Streitobjekt heifst erst dann vindiciae, wenn es sich im Vindikationsprozefs befindet, also wenn die Formel der Sakramentalklage gesprochen wird. Sachlich, denn eine solche Regulierung während der Vorverhandlungen ist ein juristisches novum. Naturgemäfs behält bis zur Entscheidung des Prätor am Ende des Verfahrens in iure der bisherige Inhaber den Besitz; sollten sich die Verhandlungen auf mehrere Tage erstrecken, was allerdings vorkommen kann,[1]) so hat der in ius Vocierte dem Ladenden für pünktliches Erscheinen zum Termin und offenbar auch für das Mitbringen der res litigiosa das vadimonium in iure sisti zu bestellen.[2]) Schon hieraus ergiebt sich, dafs von vorläufigen Vindizien nicht die Rede sein kann: hätte der Prätor sie gegeben, so wären, da es sich dann um einen Besitz kraft magistratischer Verfügung gehandelt hätte, nicht vades sondern praedes zu bestellen gewesen. Endlich falls man wirklich die Erteilung vorläufiger Vindizien — was nach dem

---

sacramentum ist: in diesem Fall enthielt also die Verbürgung für lis und vindiciae die für Sacramentum und Streitobjekt. Damit stimmt sehr gut überein, dafs der technische Ausdruck zu lauten scheint: praedes litis *et* vindiciarum. Freilich die sonstige Darstellung von Gaius liefse sich damit nicht ganz in Übereinstimmung bringen, allein ich möchte das nicht als unübersteigliches Hindernis betrachten: es wäre dann eben ein Mifsverständnis bei ihm mehr zu konstatieren.

[1]) Wie Schmidt c. p. 84 f. und nach ihm Puntschart c. p. 42, 56 nachweisen.

[2]) Karlowa c. p. 323.

Obigen nicht zu billigen ist — als eine vorläufige Besitzregulierung in dem Fall bestrittenen Besitzes zugeben wollte, so müfste doch sofort eingewandt werden, dafs von einem bestrittenen Besitz in dem Fall der V. nicht gesprochen werden kann: nach der uns vorliegenden Überlieferung bestreitet ja Claudius keineswegs, dafs Verginia thatsächlich bis jetzt als filia familias des Verginius gelebt hat;[1]) er bestreitet nur die rechtliche Grundlage dieses thatsächlichen Verhältnisses!

Es folgt bei Livius die Scene, welche die Einleitung des gerichtlichen Verfahrens enthält: Claudius setzt sich in den Besitz des Mädchens und begiebt sich mit ihr — vielleicht von den Anwesenden gedrängt — vor Gericht, wo er seine Ansprüche erhebt und kurz begründet:

> puellam domi suae natam furtoque inde in domum Verginii translatam suppositam ei esse: id se iudicio compertum adferre *probaturumque vel ipso Verginio iudice* ad quem maior pars iniuriae pertineat: interim domnium sequi ancillam aequum esse.[2])

Die hervorgehobenen Worte enthalten den etwas übertriebenen Ausdruck von Claudius Siegeszuversicht: er ist seiner Sache so gewifs resp. behauptet es zu sein, dafs nach seiner Meinung selbst Verginius, könnte er Richter sein, von der Kraft dieses Beweismaterials überzeugt gegen sich selbst entscheiden müsse. Was macht nun Puntschart daraus?[3]) Er kombiniert diese Stelle mit der vorangegangenen Notiz des Livius: auctoribus qui aderant ut sequeretur (sc. Verginia), ad tribunal Appi perventum est und entnimmt daraus, die Freunde der Verginia hätten sich als vindices angeboten: auctorem esse könne nicht raten bedeuten, „weil V. nicht den Rat braucht, dafs sie folgen soll, denn es bleibt ihr nichts anderes übrig!“ Mag sein, allein in der Wendung auctorem esse kann unmöglich das Versprechen der Verbürgung liegen; aufserdem hängt ut sequeretur direkt davon ab; die von P. bekämpfte Deutung ist also sprachlich allein möglich. Auch werden dieselben Leute von Livius unmittelbar nachher advocati genannt, nicht vindices; endlich kann es in einem einzelnen Prozefs keine

---

[1]) In der gleich zu erwähnenden Stelle bei Livius.

[2]) Liv. III, 44, 8 f.

[3]) Puntschart c. p. 39—41.

Mehrzahl von vindices geben. Indessen kehren wir zu unserer Hauptstelle zurück: P. sieht in ihr den Beweis, dafs Claudius die Tauglichkeit der sich erbietenden vindices bestritten habe: „Die Bestreitung ergiebt sich daraus, dafs er sagt, se probaturum vel ipso Verginio iudice etc. Soll er nämlich vor Verginius als Richter Beweise führen, wie er sich hyperbolisch ausdrückt, so mufs dieser früher angekommen sein." Niemand wird das bezweifeln, allein kein Verständiger eine solche Beteuerung in dieser Weise auspressen. Wer in einer hyperbolischen Wendung spricht, braucht sich nicht alle Konsequenzen derselben klar gemacht zu haben. Allein noch bedenklicher sind die weiteren Ausführungen des Verfassers: „Dadurch, dafs er seine Beweise nur vor Verginius führen will, spricht er zugleich aus, dafs er nur ihm den Rechtsweg offen hält und somit auch nur ihn als tauglichen vindex anerkennt." Das hier gegebene Citat gehört wohl zu dem Weitgehendsten, was auf dem Gebiet der Textverdrehung geleistet werden kann. Abgesehen davon, dafs von einer im Ernste gewollten Beweisführung vor Verginius nicht die Rede ist, so hat der Verfasser in ganz unglaublicher Weise das entscheidende Wort an Stelle des im Text stehenden hinzuerfunden: er übersetzt vel mit nur! Claudius will den Beweis sogar vor Verginius führen, nicht, wie P. meint, nur vor Verginius. Das letztere setzt voraus, dafs in erster Linie ohne Verginius prozessiert werden kann und mufs (natürlich ohne V. als Richter), das zweite, dafs nur vor ihm die Klage entschieden werden kann: es braucht nicht erst gesagt zu werden, dafs diese letztere Version nicht blofs quellenwidrig, sondern einfach unsinnig ist. Das wäre doch seltsam, wenn man in einem Civilprozefs gleichzeitig Partei und Richter sein könnte, ja müfste! Und doch mufs der Verfasser diese beiden Funktionen für miteinander verträglich halten: denn während Claudius bei Livius sogar Verginius als Richter anerkennen will, läfst Puntschart ihn aussprechen, dafs er nur Verginius als — vindex anerkennen wolle! Die Brücke für diese unbewufste Escamotage bildet die Übersetzung von Verginio iudice probaturum: den Beweis vor V. führen, natürlich vor V. als Richter: indem P. diese letztere Beschränkung aufser acht läfst resp. vergifst und einfach überträgt: den Beweis vor V. führen, was allenfalls auch heifsen kann vor V. als Gegenpartei, gelangt er schliefslich dazu, aus dem hypothetischen Richter V. den faktischen vindex V. zu machen! Ich übergehe eine Anzahl ähnlicher Proben der juristischen Doktrin

und philologischen Exegese des Verfassers, darunter die bereits von anderer Seite gewürdigte Behauptung[1]), dafs der Freiheitsvindikant mit der Formel hunc hominem meum esse aio aufzutreten hatte! Es erscheint, nachdem die Grundlage der Gesamtkonstruktion geprüft ist, überflüssig, auf die Details derselben einzugehn. Nur einer Phase des Prozesses sei in diesem Zusammenhang gedacht, an welche sich eine Frage von allgemeinerer Bedeutung anknüpft.

Der Tenor von Appius erstem Erkenntnis giebt Verginia in die Hand des Klienten. Der Decemvir gestattet ihm die ductio. Der Verfasser sieht hierin den Abschlufs der Exekutivklage, indem er die Gestattung des ducere als die prätorische Zuweisung (addictio) auffafst. Wenn er dann freilich die Behauptung aufstellt, der Ausdruck addictio kommen in unserer Überlieferung bei der Exekutivklage nicht vor, sondern nur ducere, so scheint mir der eigentliche Streitpunkt verkannt: nicht um den Gebrauch des Wortes addictio in unseren Zwölftafelresten handelt es sich, sondern um die sachliche Frage, ob, falls ein vindex nicht auftrat, eine direkte Zusprechung des Streitobjekts an den Kläger durch den Prätor stattfand, oder ob die Abführung des litigans durch den Kläger ipso iure und ohne addictio geschah. P. beruft sich für seine Auffassung auf den Wortlaut der XII Tafeln:[2])

> in iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit secum ducito etc.

Allein unmittelbar vor der von ihm citierten Gelliusstelle, welche diesen Wortlaut enthält, findet sich der Kommentar dazu, und hier wird ausdrücklich von Addiktion gesprochen[3]): Zudem mufs, wer die Vorschrift der XII Tafeln im Zusammenhang liest, bemerken, dafs sie keine Beschreibung des Verfahrens in iure enthalten, sondern nur gleichsam referierend die Handlungsweise des Klägers in ihrer Voraussetzung und Wirkung begleiten. Alles Formulare ist weggelesen: es fehlt die manus Injektionsformel des Klägers und natürlich dementsprechend die Addiktionsformel des Prätor. Man mufs sich das vor Augen halten, um die Tragweite

---

[1]) Eck c. p. 25 n. 88. cf. Ubbelohde c. p. 1481 ff. Prgr. v. Feldkirch p. 17 ff., p. 21 ff.

[2]) lex XII tab. III, 3.

[3]) Gellius XX, 1, 44 cf. XX, 1, 51: nisi dissolverent ad praetorem vocabantur et ab eo quibus erant iudicati addicebantur.

der Ergänzung der Zwölftafelgesetzgebung zu verstehn, welche in der Veröffentlichung der formulae durch Flavius, den Schreiber des jüngeren Appius, lag[1]).

3. Bericht über andere Auffassungen des Prozesses um Verginia. Programm von Feldkirch. Ubbelohde. — Jhering. Eck.

Die offenbare Verkehrtheit der Puntschartschen Konstruktionen rief alsbald eine Reihe von Gegenschriften hervor, deren Verfasser sich zwar hauptsächlich die Abfertigung jener Irrtümer angelegen sein liefsen, die aber nicht verfehlten, darüber hinaus ihre eigne Auffassung anzudeuten.

Im Interesse der Kürze soll hier nur das Wesentliche, d. h. die Exegese der entscheidenden Stellen bei Livius und Dionysius, in Betracht gezogen werden; denn leider haben Ubbelohde wie der Verfasser des Programms von Feldkirch, die hier in erster Linie zu nennen sind, ihre Aufstellung im wesentlichen auf diese Schriftsteller basiert.

Es handelt sich dabei hauptsächlich um die Erklärung des ersten Dekrets von Appius, der den Rechtsbeiständen der Verginia gegenüber, welche deren vorläufige Freigebung, nach der Tradition die vindiciae secundum libertatem verlangen, mit einer motivierten Ablehnung entgegen tritt:

> quam libertati faverit, eam ipsam legem declarare, quam Vergini amici postulationi suae praetendant; ceterum ita in ea firmum libertati fore praesidium, si nec causis nec personis variet: in iis enim qui asserantur in libertatem, quia quivis lege agere possit, id iuris esse; in ea quae in patris manu sit, neminem esse alium cui dominus posses-

[1]) Ein Spiegelbild der XII Tafeln sind hier wie in anderen Dingen die Stadtrechte der latinischen Kolonieen. Daher finden wir in dem Stadtrecht von Ossuna (c. 61) auch nur die ductio erwähnt. Allein wenn Wach zu Keller p. 429 n. 1024a zur Motivierung bemerkt, die addictio wurde in beiden Fällen ausgelassen, weil sie selbstverständlich sei, so ergiebt sich aus dem oben Gesagten, dafs ich mich dieser Motivierung nicht anzuschliefsen vermag. — Etwas ganz anderes ist es, wenn man in unserem Bericht bei Livius die Weglassung der addictio dadurch erklärt, dafs der Autor in der ganzen Darstellung immer nur die sachlichen Momente, nie die juristischen Formalien hervorhebt: gegen diese Erklärung würde m. E. ein begründeter Einwand nicht zu erheben sein.

sione cedat: placere itaque patrem arcessiri, interea iuris sui iacturam assertorem non facere, quin ducat puellam sistendamque in adventum eius qui pater dicatur promittat.

Seit Hotomann, welchem Drakenborch gefolgt ist, bewegen sich die Herausgeber des Livius hier in einer und derselben Richtung, welche ausführlich Schmidt[1]) und der Verfasser des Programms von Feldkirch[2]) vertreten. Ich gebe sie mit den Worten des letzteren wieder: „Also würde Appius die advocati als unberechtigte vindices zurückweisen und dem Claudius die Jungfrau bis zur Ankunft des Vaters überlassen, weil im vorliegenden Fall das angerufene Gesetz" (nämlich dafs im Freiheitsprozefs vindicae secundum libertatem zu geben seien) „gar nicht zur Anwendung kommen könne, da Verginia als noch in der väterlichen Gewalt stehend gar nicht für die Freiheit beansprucht werden dürfte und somit kein Freiheitsprozefs stattfinden könne; oder wie Schmidt richtig bemerkt, nach Appius verwandelt sich der Streit um die Freiheit in einen Konflikt zweier Gewalten, der patria potestes nämlich mit der dominica."

Allein diese Auffassung ist rechtlich und logisch unmöglich. Nie hängt die Qualität eines Prozesses als Freiheitsprozefs an der angeblichen Abwesenheit von Gewaltrechten bei der strittigen Person; sie hängt vielmehr einzig und allein an dem Gegensatz von Sklaverei und Nichtsklaverei. Zu keiner Zeit waren im römischen Recht die Freiheit und die Qualität als filius familias sich ausschliefsende Gegensätze, man müfste dann meinen, dafs der Haussohn servi loco gewesen sei. Indessen auch wenn der vorliegende Prozefs ein Eigentumsprozefs gewesen wäre, so hätte er ohne die Anwesenheit des Eigentümers erst recht nicht beginnen können: das zeigt schon eine rein äufserliche Betrachtung des Prozefsrituals, das mit der in ius vocatio des zu Verklagenden beginnt, also hier mit der des Verginius beginnen mufs. Erst Sache des in ius Vocierten ist es, den Streitgegenstand, der ihm vom Kläger bezeichnet werden mufs, zur Gerichtsstelle beizubringen: es ist keineswegs sicher, dafs er schon im ersten Termin dazu verpflichtet ist[3]).

---

[1]) Schmidt in Z. f. g. R. XIV p. 77 ff.

[2]) Progr. v. Feldkirch 1861/62 p. 22.

[3]) In mehrfacher Hinsicht irrtümlich sind die Bemerkungen, welche Weissenborn zu der fraglichen Liviusstelle macht; zu c. 45, 2: nach Appius Ansicht könne in einem Fall wie dem vorliegenden nur der Gewalt-

So ist es denn auf dieser Basis den Erklärern nicht gelungen, ihre Auffassung an den entscheidenden Punkten der antiken Tradition zu bewähren. Bekanntlich ändert sich bei Livius die Scene durch Hinzutreten von Verginias Oheim und Verlobten; Appius verschiebt den ganzen Rechtshandel auf den nächsten Tag, zu welchem der Vater erwartet wird. In dem Programm wird darüber bemerkt: „Zur leichteren Erklärung dieser Stelle dürfen wir zunächst nicht aus den Augen verlieren, dafs durch das Auftreten der Verwandten und durch ihre Forderung, als vindices anerkannt zu werden, der Prozefs in ein neues Stadium eingetreten ist. Da das erste Dekret keine vindiciae erteilte, sondern nur vorläufig den rechtlichen Besitz des Claudius anerkannte, schlofs es natürlich eine folgende vindicatio nicht aus; durch die Forderung der vindiciae seitens der Verwandten erlosch daher seine rechtliche Kraft, und Verginia wird wieder gleichsam eine res nullius, deren vorläufiger Besitz der Bestimmung des Magistrats anheimfällt.“ Allein dafs die Verwandten jetzt die Vindizien verlangt haben, sagt weder Livius noch folgt es aus den jedenfalls unklaren Worten, mit denen dieser Schriftsteller die Scene schliefst: ita vindicatur Verginia spondentibus propinquis [1]). Vielmehr mufs mit Notwendigkeit dieser Darstellung das Dilemma entgegengehalten werden: Entweder darf in einem solchen Fall jeder contravindicieren, und dann dürfen es die Freunde der V. so gut wie ihre Verwandten; oder es kann nur der Gewaltinhaber, also hier der Vater, den Prozefs übernehmen, dann sind Oheim und Verlobter ebenso ausgeschlossen, wie die Freunde; also die Intervention der ersteren hat die Situation in keiner Weise geändert.

---

herr vindex sein, „nur dieser könne sein Recht geltend machen durch die in dem Vindikationsprozesse notwendige Formel hunc hominem meum esse aio, da diese, von einem Anderen gesprochen, die patria potestas aufhebe, ihr den Vindizierten entziehe.“ Hierin liegt der doppelte Irrtum, dafs Verginius die Formel hanc ego hominem meum esse aio gesagt habe, und derselbe Irrtum kehrt in betreff des Freiheitsvindikanten wieder: vielmehr hat Verginius zu sagen hanc ego Verginiam filiam meam et in mea potestate esse aio (wer Jemanden als homo meus bezeichnet, nennt ihn damit unweigerlich seinen Sklaven), und der assertor in libertatem kann in diesem Fall, wie oben ausgeführt, nur sagen: hanc ego V. filiam L. Verginii et in potestate eius esse aio. Er würde aber auch, falls es sich um einen Gewaltfreien handelte, nicht die von W. vorausgesetzte Formel brauchen, vielmehr einzig zu sagen haben, hanc ego V. liberam esse aio. Damit erledigt sich denn auch die von dem Verfasser versuchte Erläuterung von Appius Dekret.

[1]) Ueber die Bedeutung dieser Worte später.

Wir kommen zu der Auffassung der Schlufskatastrophe bei dem Verfasser: Sie gipfelt bei Livius bekanntlich in der Erteilung der Vindizien secundum servitutem. Von der Thatsache ausgehend, dafs die Quelle von Diodor und Dionysius eine andere Form der Katastrophe berichtete, als wir bei Livius lesen, fährt dieser Schriftsteller fort[1]):

„Steht aber dieses fest, so erklären sich die Worte des Livius leicht. Wie das Volk über das frühere Dekret murrte und dessen Ungerechtigkeit fühlte, ohne dessen formelle Gesetzmäfsigkeit leugnen zu können, so ist es auch einleuchtend, dafs manche der Annalisten, welche jenen Prozefs berichteten, nicht so fast an die Worte des Dekrets sich hielten, als vielmehr dessen Sinn referierten und, wenn auch dem Claudius den Worten nach als Eigentümer die vindiciae zuerkannt waren, dennoch hervorhoben, dafs dadurch der Sache nach, wie Cicero sich ausdrückt, die Freiheit, nicht aber der Vater als Gegenvindikant, die vindiciae verloren hatte. Einer dieser Quellen mag Livius gefolgt sein, welcher demgemäfs von der Erteilung der vindiciae secundum servitutem spricht, obgleich sie wohl blofs secundum dominum erteilt waren.“ Die Unmöglichkeit dieser Auffassung ist schon oben dargelegt worden. Vindiciae secundum dominum ist ein erst vom Verf. geschaffener Begriff: römisch-rechtlich kommen in der Freiheitsklage nur vindiciae secundum libertatem und secundum servitutem in Betracht: die letzteren sind, was der Verf. v. s. dominum nennt.

Wie sollte auch dieser Unterschied sich je praktisch geltend machen? Der Prätor sagte natürlich bei der Vindizienerteilung nicht etwa: vindicias secundum libertatem do, sondern: vindicias secundum te A. Ageri resp. secundum te N. Negidi do: Bedeutung und Inhalt dieser Regulierung bestimmte sich nach den formularen Prozefsbehauptungen der Parteien, die beim Beginn des Verfahrens ausgesprochen wurden.

Was aber die Hauptsache ist: mit alledem ist die angebliche Gesetzmäfsigkeit des Dekrets nicht im entferntesten erklärt: wir erfahren aus der zitierten Deduktion eben nur, dafs nach der Tradition speziell bei Livius Appius die Vindizien seinem Klienten erteilt hat: wie er zu dieser Handlungsweise juristisch gekommen ist, bleibt nach wie vor rätselhaft, und durch das Wortspiel, vindiciae secundum

---

[1]) Prgr. c. p. 31.

dominum an Stelle der v. s. servitutem zu sagen, kommt man der Lösung keinen Schritt näher. Der Verf. freilich ist der Ansicht, sie auf diesem Wege finden zu können[1]: „Will man von der Verletzung der Form absehen, so liefse sich wohl von diesem Standpunkte aus das Dekret am leichtesten als formell gesetzmäfsig nachweisen. Der Magistrat konnte beim Vindikationsprozefs derjenigen Partei die vindiciae zuerkennen, welche seiner Ansicht nach den gerechtesten Anspruch hatte und durfte sein Privatwissen dabei ohne Zweifel entscheiden lassen.“ Allein sehen wir davon ab, dafs nach dem, was oben ausgeführt wurde, das Gesetz über die Vindizien nothwendig in dem vorliegenden Fall als in einer Freiheitsklage zur Anwendung kommen mufs, so stehen dieser Auffassung noch andere Bedenken von nicht geringer Tragweite entgegen. Wäre jenes die ratio in der Verfügung des Beamten, so stünde nichts dem entgegen, dafs das Dekret schon am Tage vorher erlassen wurde: dann war das Bestreben, Verginius fernzuhalten, völlig verkehrt, auf welches in dem Livianischen Bericht von Anfang an ein so grofser Wert gelegt wird (quod pater puellae abesset locum iniuriae esse ratus).[2]

Was unser Problem selbst, die Erklärung von Appius Vindizienerteilung bei Livius angeht, so wird es gut sein, zu unterscheiden, ob es sich um ein juristisches Sophisma handelt, mit dem Livius oder seine Quelle die Katastrophe zu motivieren suchte, oder ob eine

---

[1]) c. p. 31 Anm. 4.

[2]) Von dieser Auffassung hängt im wesentlichen auch der Weissbornsche Kommentar ab, der deshalb noch kurz hier erwähnt werden mag: „Wie dieser Bescheid habe gegeben werden können, ist bei Livius nicht klar; denn einmal wird bei demselben vorausgesetzt, dafs das Vindikationsverfahren vor dem Magistrat (in iure) begonnen habe, da erst dann die Anordnung über den einstweiligen Besitz getroffen werden konnte, während dies nach § 4: priusquam-locus nicht geschehen ist; sodann widerspricht derselbe (der Bescheid) der Erklärung des Appius, dafs eine causa liberalis nicht vorliege, in der allein v. s. servitutem gegeben werden konnten.“ Diese letztere Behauptung widerspricht dem, was der Verf. zu Liv. III, 44. 5 im Anschlufs an die herrschende Theorie bemerkt, dafs im Freiheitsprozefs die vindiciae secundum libertatem zu erteilen waren: offenbar sollte gesagt werden an unserer Stelle: „Appius' Erklärung, dafs eine causa liberalis nicht vorliege, in der allein die Erteilung von Vindizien überhaupt in Frage kommen konnte.“ W. zu L. III, 47, 5. Allein wie bemerkt, es ist dies ein Irrtum von W., der wohl durch Puntschart und den Verfasser des Programms von Feldkirch veranlafst wurde.

juristisch haltbare Deduktion gefunden werden soll, von der sich annehmen läfst, dafs sie in einem solchen oder ähnlichen Fall zur Geltung gebracht wurde. Das erstere ist die ausgesprochene Absicht von Prof. Eck, und man mufs sagen, dafs, wenn der Livianische Bericht irgend einen Scheinsinn gehabt haben soll, er in der dort vorgezeichneten Richtung wird gesucht werden müssen:

„Der Dezemvir scheint . . . . geltend gemacht zu haben, dafs nach dem Sinne des Gesetzes der assertor in libertatem die vorläufige Freierklärung des Menschen nur dann verlangen könne, wenn er auch dessen Unabhängigkeit behaupte, da nur unter dieser Voraussetzung zur vindicatio in libertatem jeder gleich berechtigt sei (quia quivis lege agere possit); dafs dagegen in dem Falle, wo der Freiheitsvindikant selber die patria potestas eines Dritten über die Person anerkenne, der dominus keinem andern als eben diesem Dritten zu weichen brauche (neminem esse alium cui dominus possessione cedat), weil ja sonst die vorläufige Lossprechung den Menschen in einen Zustand versetzen würde, der ihm nach niemandes Behauptung zukomme, nämlich in den eines völlig Gewaltfreien.“ [1])

Etwas anderes aber ist es, wenn wir nun die objektive Bedeutung der von dem Dezemvir vorgetragenen Sätze in dieser Auslegung betrachten. Appius weist die Verwandten als zur Prozefsübernahme nicht legitimiert zurück, weil Verginia nicht gewaltfrei ist, die Stellvertretung im Freiheitsprozesse aber gesetzlich nur bei Gewaltfreien gestattet ist [2]). Der Beamte hat dabei den bekannten, in den Institutionen überlieferten Rechtssatz im Auge, nach welchem Stellvertretung im Legisaktionsverfahren gestattet ist nur in drei Fällen: pro populo, pro libertate, pro tuntela. [3]) In der That ist, was den mittleren Fall angeht, die Durchbrechung des sonstigen Stellvertretungsverbots absolut notwendig: denn da der Gewaltfreie, der in diesen Prozefs verwickelt wird, sich bekanntlich nicht selbst verteidigen darf, so wäre, falls dieses Prinzip nicht existierte, jeder gewaltfreie Römer absolut rechtlos gewesen. Ganz anders aber liegt der Fall bei dem Gewaltunter-

---

[1]) Eck, Doppelseitige Klagen p. 25 n. 88. Ähnlich Jhering, Geist III, p. 93 n. 119.

[2]) Liv. III, 45 in iis qui in libertatem asserantur, quia quivis lege agere possit, id iuris esse.

[3]) L. un. Pr. J. IV, 10: cum olim in usu fuisset alterius nomine agere non posse nisi pro tutela, pro libertate pro populo.

worfenen, dem homo alieni iuris. Hier würde, wer als Prozefs-gegner auftreten wollte, nicht im Namen (nomine) des Umstrittenen, sondern des Gewaltherrn lege agieren, also diesen vertreten, wozu jede gesetzliche Vollmacht fehlt. Wer als vindex der Verginia erschiene, wäre Stellvertreter des Verginius gewesen, dessen Freiheit keineswegs auf dem Spiele stand, also konnte er sich auch nicht mit der Legitimation decken, es sei erlaubt alterius nomine pro libertate (natürlich eiusdem alterius) zu handeln. Vielmehr hätte er nomine Vergini per libertate Verginiae gehandelt. Man erkennt das deutlich, wenn man sich die legis actio ausgeführt denkt: welche Formel soll der vindex sprechen? Natürlich nicht, hanc ego Verginiam liberam esse aio; dann würde er ihre Gewaltfreiheit behaupten, was nicht seine Absicht ist; also er müsste sagen, hanc ego filiam familias L. Verginii et in eius potestate esse. Aber dann tritt auch mit voller Deutlichkeit hervor, dafs er Stellvertreter des Verginius wäre und zwar ein einem gesetzlich nicht legitimierten Fall, denn V. würde nicht um seine Freiheit, sondern um die Existenz eines Gewaltrechts an einer Untergebenen streiten.[1])

Somit ist Appius Interpretation des Stellvertretungsgesetzes zutreffend: der Vater ist der allein berechtigte Contravindikant, und jedes Anerbieten der Stellvertretung abzuweisen. Allein völlig verfehlt und juristisch unfafsbar ist die hieraus gezogene Schlufsfolgerung, dafs nun Verginia bis auf weiteres ausgeliefert werden soll. Vielmehr kann selbstverständlich der Prozefs dann noch nicht

[1]) Irrtümlich fafst Weissenborn (zu III, 45, 2) die Worte quia quivis lege agere possit auf: „es könne jeder Bürger ..... den ihm auf Grund des Gesetzes zustehenden Rechtsanspruch in den vorgeschriebenen Formen und Worten vor dem Magistrate geltend machen, im vorliegenden Fall als vindex auftreten.“ Dafs jeder einen gesetzlichen Anspruch gesetzlich verfolgen darf, versteht sich von selbst und braucht von Appius nicht erst gesagt zu werden, würde aufserdem auch gar nicht hierher passen, da der Freiheitsvindikant hier natürlich keinen „Rechtsanspruch“ hat. Gemeint ist, es könne jedermann für die bestrittene Freiheit der Gewaltfreien eintreten, also eben dieser Satz über sog. Stellvertretung im Legisaktionsprozefs.

Ebenso irrtümlich ist dann die Interpretation dieses Satzes bei Weissenborn zu 45, 4: „Nach Instit. 4, 10 cum olim in usu fuisset, wäre es selbst gestattet gewesen, dafs ein Stellvertreter den Prozefs führte.“ In dem „selbst“ scheint zu liegen, dafs nach der Meinung des Verf. die advocati in Wirklichkeit etwas anderes, Geringeres verlangt haben. Dies ist ein Irrtum, wie ebenso die Meinung, dafs die von den advocati gewollte Stellvertretung des Verginius durch die citierte Institutionenstelle gedeckt werden könne.

angenommen, mufs vielmehr bis zu Verginius Ankunft vertagt werden, und dies umsomehr, als dessen Abwesenheit nicht nur nicht culpos, sondern sogar durch Erfüllung seiner staatsbürgerlichen Pflicht motiviert ist: es ist absentia pro re publica. Hiermit stimmt sachlich sehr gut zusammen, was in dem Excurse ausgeführt ist, dafs der Prozefs um einen Gewaltunterworfenen nicht wie der um den Gewaltfreien mit der Handanlegung an ihn, sondern wie jede Vindikation mit der in ius vocatio des Gewalthabers begann. Also auch hieraus ergiebt sich die Unmöglichkeit eines Verfahrens in Abwesenheit des Vaters und damit die entscheidende Thatsache, dafs alle antiken Prozefsberichte und Erklärungen, welche mit der Abwesenheit des Verginius operieren, unjuristisch und spät sind, d. h. aus einer Zeit stammen, wo man die juristische Möglichkeit einer solchen Katastrophe nicht mehr begriff.

Zu dieser Negative die notwendige Positive hinzuzufügen, wird in dem folgenden Abschnitt versucht werden.

Hier soll zunächst noch auf die völlig abweichende Methode eingegangen werden, mit der Ubbelohde die Rechtmäfsigkeit von Appius Verfügung zu vertreten gesucht hat.[1]) Der Verfasser geht von den Rechtsmitteln aus, welche die Kontumazialordnung der späteren Zeit zur Sicherung der Prozefsparteien im Fall der Abwesenheit des Beklagten geschaffen hat. Es sind dies bekanntlich die missio rei servandae causa sine effectu venditionis und missio in bona rei servandae causa, wozu erst spät die missio rei singularis hinzutrat.[2]) Die erstgenannten Rechtsmittel hätten Claudius nichts genützt, da sie blofs eine custodia des Berechtigten involvierten, und auch sie nur, insoweit es die Sicherung seines Rechtsanspruchs verlangte, während auch Stellvertreter der Gegenpartei sich der Sache annahmen. Nun meint U. dafs, da die Kontumazialordnung ihre rechtliche Fixierung erst im Jahre 67 durch die lex Cornelia im edictum perpetuum erhalten habe, vorher das ganze Gebiet der freien Willkür des prozefsleitenden Beamten preisgegeben war, und auf diesem Rechtsboden hätte dann Appius eine Mafsregel getroffen, die deshalb nicht gesetzwidrig sein konnte, weil es kein Gesetz über sie gab: er habe eine missio rei servandae causa gegeben, die über den Effekt der custodia hinaus zur vollen Detention führte. „Indem Appius die Anwend-

---

[1]) Ubbelohde c. p. 1495 ff.

[2]) Hartmann, Das römische Kontumazialverfahren p. 14, p. 20.

barkeit dieser positiven Spezialbeschränkung der magistratischen Machtvollkommenheit wegdeduziert (vindiciae secundum libertatem), hat er sich für seine interimistische Anordnung den Boden jener Machtvollkommenheit zurückgewonnen. Es steht rechtlich ganz in seinem Ermessen, wie er diese Anordnung treffen will: ein Gesetz oder ein wahres Gewohnheitsrecht bindet ihn nicht: über die blofs thatsächliche Regel setzt er sich hinweg. . . . Formell daher ganz berechtigt, trifft er eine interimistische Anordnung, welche von der Regel abweicht." Allein diese Auffassung fällt, wenn ich nicht irre, durch ihre eigenen Widersprüche. Wie soll das Vindiziengesetz eine positive Spezialbeschränkung der sonst freien magistratischen Verfügung über das Streitobjekt in Abwesenheit des bisherigen Besitzers enthalten? Das erstere setzt ja notwendig die Beendigung des Verfahrens in iure d. h. die Anwesenheit beider Parteien voraus, während die missio in bona gerade für den Fall der Abwesenheit der einen Partei berechnet ist. Angenommen aber, das Vindiziengesetz hätte wirklich auf dieses ihm völlig incommensurable Gebiet eingewirkt, mit welchen Gründen hätte Appius das wegdeduzieren können? Dies zu erklären hat U. nicht versucht. Und kann man das Verhalten eines Beamten, der eine vorhandene gesetzliche Bestimmung wegdeduziert, noch „formell gesetzmäfsig" nennen? Auch wird unsere Überlieferung, wie sie nun einmal vorliegt, dadurch gar nicht erklärt: es werden vindiciae secundum libertatem verlangt, und Appius erteilt sie an dem entscheidenden Tage in Gegenwart des Vaters secundum servitutem. Wie soll das mit den Normen der Kontumazialordnung erklärt werden können? Aber selbst dieses Fundament ist nichts weniger als sicher. Die Kontumazialordnung für den Fall der vorübergehenden Unmöglichkeit der in ius vocatio ist durchaus prätorischen Ursprungs: zivilrechtlich ist nur die beschleunigte usucapio pro herede bei dem erbenlos gestorbenen Schuldner und bei dem qui exsilii causa solum verterit, also in den Fällen, wo eine dauernde Unmöglichkeit der in ius vocatio vorliegt[1]. Dies ergiebt sich sowohl aus dem Schweigen der Quellen wie aus inneren Gründen: ein Rechtssystem, das die Vertretung im Civilprozefs prinzipiell ausschlofs, konnte nicht gut ein Kontumazialverfahren schaffen, das selbst in der zweiten Epoche

---

[1]) Bethmann-Hollweg, Civilprozefs II, p. 112 f. A. M. Voigt c. I, p. 534.

der schrankenlosen Freiheit der Prozeſsvertretung eine vorsichtige Handhabung erforderte, das aber in der ersten Epoche notwendig eine erdrückende Härte enthalten hätte.

Auch in den philologischen Details trifft diese bis jetzt aus iuristischen Gründen bekämpfte Ansicht auf schwerwiegende Bedenken. Ubbelohde ist der Meinung[1]), daſs Appius Definitivsentenz bei Dionysius[2]), *κύριον εἶναι τὸν Κλαύδιον τῆς παιδίσκης*, auch sprachlich nur auf Detention, nicht auf den juristischen Besitz des Eigentümers gehen könne. Allein die Motivierung dieser Beziehung von *κύριον* auf interimistische Detention wird schwerlich Billigung finden; der Verfasser entnimmt jene Bedeutung nämlich aus einer früheren Stelle desselben Autors[3]), wo die Verwandten der Verginia ihren vorläufigen Besitz mit der Motivierung verlangen, es sei römisch und allgemein-rechtlich, daſs bei der vindicatio in servitutem der assertor in libertatem in Bezug auf das Streitobjekt *κύριον εἶναι μέχρι δίκης*. Allein schon an und für sich würde die Bedeutung des Wortes *κύριον εἶναι* an einer Stelle nichts für die an einer anderen Stelle beweisen: das Wort ist im Griechischen allgemein und neutral und wird in seiner genaueren Bedeutung eben durch den Zusammenhang bestimmt. Nun sagt an der ersten Stelle Numitorius, wo er die Vindizien verlangt, ausdrücklich, *κύριον εἶναι μέχρι δίκης*, während Appius diesen Zusatz in seinem Dekret unterläſst. Der Auffassung U.'s steht noch der Umstand entgegen, daſs Appius für seine Regulierung Gründe beibringt, die aus der materiellen Rechtsfrage entnommen sind: es braucht kaum gesagt zu werden, daſs dieses bei einer Kontumazialverfügung unmöglich ist.

4. Der Vindizienparagraph der XII Tafeln.

Die entscheidende Schwierigkeit unserer Prozeſsberichte, welche noch aller, auch der scharfsinnigsten Exegese bis jetzt gespottet hat, liegt in dem Umstande, daſs wir die Katastrophe durch die Erteilung von Vindizien secundum servitutem motiviert finden, während die bisherige juristische Theorie die Gesetzmäſsigkeit dieser Vindizienerteilung von vornherein negierte. Als *πρῶτον*

---

[1]) Ubbelohde c. p. 1499 f.
[2]) Dionys. XI, 36.
[3]) Dionys. XI, 30.

ψεῦδος beherrscht die meisten Untersuchungen der Gedanke: es kann nicht zur Vindikation gekommen sein, sonst wären Vindizien secundum servitutem nicht möglich gewesen. Wer aber unsere Tradition, welche diese Vindizien erteilen läſst, zunächst verstehn will, ehe er sie zu korrigieren versucht, der wird den umgekehrten Weg einschlagen müssen: er wird, da diese Vindizienregulierung alt und gut, nämlich sogar in den Digesten und bei Cicero überliefert ist, zu untersuchen haben, ob sie in der That gesetzlich verboten war. Thut man dies, so bemerkt man leicht, daſs jene Theorie sich in dem ärgsten circulus vitiosus bewegt, der gedacht werden kann. Unsere Quellenbelege über die Vindizien im Freiheitsprozeſs stammen sämtlich und zwar direkt aus den Berichten über den Prozeſs um Verginia. Aus diesen Prozeſsberichten hat man erst das Dogma: im Freiheitsprozeſs giebt es nur vindiciae secundum libertatem, erschlossen und hat gleichzeitig dann umgekehrt dieses Dogma wieder zur Erklärung desselben Prozesses benutzen wollen.

Sieht man aber genau zu, so enthalten die Prozeſsberichte, und zwar alle ohne Ausnahme, die guten deutlich und direkt, die späteren mehr verhüllt, zwar eine Bestimmung über die Vindizien im Freiheitsprozeſs, allein eine solche, welche von der herrschenden Theorie erheblich abweicht. Nämlich den Satz, daſs nach dem Recht der XII Tafeln bei ***vindicatio in servitutem*** die Vindizien *secundum libertatem* zu geben sind. Der Freiheitsprozeſs ist bekanntlich eine vindicatio in servitutem, sobald die streitige Person bisher sine dolo malo frei war, im anderen Fall eine vindicatio in libertatem. Herrschte unter den Parteien hierüber keine Übereinstimmung, so wurde, wie schon oben dargestellt, dieser Streitpunkt im Wege eines eignen Praejudizialverfahrens, über die Frage, utrum e servitute in libertatem an e libertate in servitutem petatur, entschieden. Wir dürfen annehmen, daſs in der weniger komplizierten prozessualen Technik der älteren Epoche die einfache prätorische Kognition jenes Feststellungsverfahren ebenso wie die damals noch fehlenden possessorischen Interdikte ersetzte. Die Grundsätze, nach denen die Frage entschieden wurde, werden zweifellos die der späteren Interdiktenklage gewesen sein, d. h. der Besitzer wurde als solcher bis zur Erledigung der Rechtsfrage anerkannt, sobald sein Besitz nicht doloser Natur war; war er aber das letztere nach der Auffassung des erkennenden Beamten, so geschah Translation der Partei- und Beweisrollen. Die ent-

scheidende Frage war also, ob der litigans im Moment der Klaganstellung sine dolo malo die possessio libertatis hatte [1]).

Es gilt nun, die hier ausgesprochene Ansicht hinsichtlich der Vindizienregulierung aus unseren Quellen zu erweisen. Die herrschende Theorie, welche in Übereinstimmung mit Gaius die prinzipielle Freiheit des Beamten bei der Vindizienerteilung mit Recht betont, statuiert davon zwei Ausnahmen.

a) In einen Prozeſs zwischen einem Bürger und dem populus sollen die Vindizien zu Gunsten des Staats, secundum populum erteilt werden.[2]) Diese Annahme stützt sich auf ein abgerissenes Citat bei Festus aus Cato[3]):

> Cato in ea quam scribit L. Furio de aqua ...... Praetores secundum populum vindicias dicunt.

Man ersieht leicht, daſs aus einer so abgerissenen Notiz nichts zu entnehmen ist. Es kann in lebhafter Rede ein einzelner Fall berichtet, es können von Cato vorher bestimmte Personen genannt

---

[1]) So Ulpian L. 7 § 5 D. 40, 12. Si quis ex servitute in libertatem proclamat petitoris partes sustinet: si vero ex libertate in servitutem petatur is partes actoris sustinet qui servum suum dicit. igitur cum de hoc incertum sit, ut possit iudicium ordinem accipere, hoc ante apud eum qui de libertate cogniturus est disceptatur, utrum ex libertate in servitutem aut contra agatur. et si forte apparuerit, eum qui de libertate sua litigat in libertate sine dolo malo fuisse, is qui se dominum dicit actoris partes sustinebit et necesse habebit servum suum probare; quod si pronuntiatum fuerit, eo tempore quo lis praeparabatur in libertate eum non fuisse aut dolo malo fuisse, ipse qui de sua libertate litigat debet se liberum probare. Der Begriff des in libertate esse unterlag mannigfachen Schwierigkeiten: wir finden die daraus entstandenen Kontroversen in demselben Pandektentitel erörtert (L. 10 D. 40, 12): Quod autem diximus in libertate fuisse, sic est accipiendum non ut se liberum doceat is qui liberale iudicium patitur sed in possessione libertatis sine dolo malo fuisse. Es folgt dann ein Bericht über Schulstreitigkeiten, und in demselben Kapitel des Ediktskommentars fährt Ulpian fort: Igitur sciendum est, et liberum posse dolo malo in libertate esse et servum posse sine dolo malo in libertate esse. Infans subreptus bona fide in servitute fuit, cum liber esset; deinde cum de statu ignarus esset, recessit et clam in libertate moravi coepit: hic non sine dolo malo in libertate moratur. L. 12 Pr. § 1 D. 40, 12. Et generaliter dicendum est, quotiens quis iustis rationibus ductus vel non iustis sine calliditate tamen putavit se liberum et in libertate moratus est, dicendum est hunc in ea causa esse ut sine dolo malo in libertate fuerit atque ideo possessoris commodo fruatur. L. 12 § 3 D. 40, 12 cf. Bekker, Recht des Besitzes p. 58 ff.

[2]) z. B. Puchta, Instit. I p. 474. Karlowa, Civilproceſs p. 87.

[3]) Festus sub vindiciae p. 276 M.

worden sein, die diese Praxis, wenn es denn einmal eine Praxis gewesen sein soll, befolgten etc. etc.: eine allgemeine Rechtsregel wird man daraus nicht entnehmen können. Gegen die Annahme einer derartigen Übung würde, falls sie nur besser bezeugt wäre, nichts einzuwenden sein, sie entspräche an sich der Idee der Vindizienregulierung sehr gut, denn welcher Besitzer könnte bessere Garantie für sorgsame Verwaltung und eventuelle Restitution bieten als der Staat?

b) Die zweite Ausnahme findet sich der herrschenden Meinung nach in der alten und durch die XII Tafeln fixierten Rechtsvorschrift, dafs im Freiheitsprozefs stets die vindiciae secundum libertatem zu geben seien[1]). Diese Theorie basiert auf den schon behandelten Berichten über den Prozefs um Verginia. Was ihr am meisten Eingang verschaffte und bewirkt hat, dafs bisher fast niemand an ihr zu zweifeln sich veranlafst sah, das war wohl in erster Linie der Umstand, dafs dieses für das Legisaktionsverfahren der XII Tafeln vorausgesetzte Verhältnis sich zur Zeit der klassischen Juristen in der That vorfindet. Hier eine Kontinuität der rechtsgeschichtlichen Entwickelung anzunehmen, lag nahe, und um so näher, als die ganze Erscheinung sich als ein Ausflufs des favor libertatis darstellte, der sich allerdings im römischen Recht von Anfang bis zu Ende als höchst wirksam erwiesen hat. Den naheliegenden Irrtum würde man vermieden haben, wenn man die jenes Prinzip enthaltenden Digestenstellen sorgfältiger erwogen hätte. Man würde alsdann bemerkt haben, dafs sie keineswegs eine althergebrachte Regel, sondern ein Prinzip aufstellen, das ihnen selbst noch z. Th. neu und das sehr weit davon entfernt war, bereits vollständig und in allen seinen Konsequenzen anerkannt zu sein. Es ergiebt sich das ohne weiteres, sobald man die in Frage kommenden Digestenstellen ihrer historisch-chronologischen Ordnung nach zusammenstellt und betrachtet.

a. Gaius zeigt im Ediktskommentar — vom Verginiaprozefs abgesehn — den ältesten Standpunkt der Lehre, und was finden wir bei ihm?

---

[1]) Bethmann-Hollweg c. I, p. 145. Wach zu Keller c. p. 75 n. 217a. Puchta c. I, p. 474 etc. etc. — Zitelmann c. p. 86. Vorsichtiger die Sammlungen der XII Tafeln: VI, 6 Sch. p. 135. VI, 6 Br. p. 24. Dagegen nicht I, 7 bei Voigt c. I p. 696, wo ein m. E. auch sonst verfehlter Versuch zur Herstellung des Wortlauts gemacht ist.

„Licet vulgo dicatur, post ordinatum liberale iudicium hominem, cuius de statu controversia est, liberi loco esse, tamen, si servus sit, certum est, nihilo minus eum, quod ei tradatur vel stipuletur, perinde domino adquirere, atque si non de libertate eius quaerebatur [1]).“

Hier finden wir freilich den Satz, welchen die herrschende Meinung aufstellt; aber wir finden ihn nicht blofs eingeschränkt in seinen Konsequenzen, sondern auch eingeführt durch die Worte: „licet vulgo dicatur!“ Glaubt wirklich jemand, ein durch die XII Tafeln sanktioniertes Prinzip könne von einem Juristen mit den Worten vulgo dicitur eingeführt werden? Wer den Styl der römischen Gesetzgeber kennt, wird nicht im Zweifel sein, dafs ein Satz, der von Gaius mit diesen Worten eingeleitet wird, nicht in den XII Tafeln gestanden haben kann: und wenn ihr auch nichts weiter entgegenstünde, an diesen beiden Worten würde die herrschende Theorie notwendig und für immer zusammenbrechen.

b. Indessen sehen wir, was aus unserem Prinzip 100 Jahre später bei Paulus und Ulpian geworden ist. Der erstere bemerkt:

Ordinata liberali causa liberi loco habetur is, qui de statu suo litigat, ita ut adversus eum quoque, qui se dominum esse dicit, actiones ei non denegentur, quascunque intendere velit [2]).

Genau genommen besagt unsere Stelle nicht mehr, als dass dem litigans in einer bestimmten Beziehung die Quasilibertät als Voraussetzung der juristischen Handlungsfähigkeit verliehen wird.[3]) Das klingt für unsere Theorie nicht sehr ermutigend, denn wenn dem litigans von altersher stets die possessio libertatis verliehen wurde, weshalb diese Auseinandersetzung? Sollte sich in den sieben Jahrhunderten nach Erlafs der zwölf Tafeln keine feste Tradition darüber gebildet haben? Indessen derselbe Schriftsteller spricht sich über diesen Gegenstand noch skeptischer aus:

Si servus, quem possidebam, pro libero se gerat . . . . et iudicium liberale pati paratus sit, non videbitur a domino possideri, cui se adversarium praeparat. sed hoc ita verum est, si diu in libertate moratur: alioquin, si ex possessione

---

[1]) L. 25 § 2 D. 40, 12.

[2]) L. 24 Pr. D. 40, 12.

[3]) Auch das „liberi loco“ bei Gaius deutet in erster Linie nicht auf die physische Freilassung, sondern auf theilweise rechtliche Gleichstellung mit dem Freien hin; das letztere beruht freilich auf dem ersteren.

servitutis in libertatem reclamaverit et liberale iudicium imploraverit, nihilo minus in possessione mea est et animo eum possideo, donec liber fuerit pronuntiatus [1]).

Man sieht, wie sehr hier Paulus mit dem Problem, welches in der Definition der possessio libertatis liegt, noch zu ringen hatte, wenn auch aus der Gegenüberstellung von animo und corpore possessio mit Recht geschlossen werden darf, dafs er die physische Freilassung des litigans bereits als unabänderlich hinnahm. Aber dafs die Theorie noch zu keinem festen Abschlufs gelangt war, zeigt die nicht unwesentlich verschiedene Auslassung desselben Juristen:

Si servus, quem possidebam, fugerit, si pro libero se gerat, videbitur a domino possideri: sed hoc tunc intelligendum est, cum, si adprehensus fuerit, non sit paratus pro libertate sua litigare; nam si paratus sit litigare, non videbitur a domino possideri, cui se adversarium praeparavit [2]).

Es würde den Rahmen dieser Untersuchung weit überschreiten, wollte ich die hier vorliegenden Kontroversen auch nur andeutungsweise behandeln: soviel aber ist klar, selbst in der klassischen Zeit ist die römische Jurisprudenz auf diesem Gebiet zu keiner abschliefsenden Behandlung der sich hier aufdrängenden Fragen gelangt. Dieses Resultat wäre einfach unerklärlich, wenn schon in den XII Tafeln das Fundament dazu gelegt worden wäre.

Ich will in diesem Zusammenhang kein besonderes Gewicht darauf legen, dafs auch die quellenmäfsig bezeugte [3]) Anwendung der actio ad exhibendum auf den Freiheitsprozefs mit der durchgängigen Freilassung des litigans nicht recht in Einklang steht [4]).

---

[1]) L. 3 § 10 D. 41, 2.

[2]) L. 15 § 1 D. 41, 3. Ich weise nochmals auf Bekker c. p. 59 ff. hin.

[3]) L. 12 Pr. D. X, 4 de eo exhibendo, quem quis in libertatem vindicare velit, huic actioni locus esse potest.

[4]) Demelius, Exhibitionspflicht p. 239 ff. weist gegen Bethmann-Hollweg und Andere m. E. überzeugend nach, dafs das Inderdiktum de homine libero exhibendo sich nur gegen böswillige Detention eines unbestritten Freien richtet. — Den Begriff der Exhibition erklären Paulus (L. 2 D. X, 4): exhibere est facere in publico potestatem, ut ei, qui agat, experiundi sit copia und Pomponius (L. 246 D. 50, 16): exhibet, qui praestat eius, de quo agitur, praesentiam. Über alles nähere verweise ich auf Demelius c. p. 52 ff., 64 ff.

Über den Zweck der Exhibition ist bekanntlich viel gestritten worden: neben der Absicht, die Identifikation des Streitobjekts zu erleichtern, mufs aber m. E. gerade im Libertätsprozefs noch ein anderes Moment vorgelegen haben, da jene bei der notwendigen Anwesenheit des Streitobjekts in iure mit hinlänglicher Sicherheit und früh genug vor sich gehn konnte. Und dies ist wol die copia experiundi gewesen, d. h. in unserm Fall die Möglichkeit für den assertor in libertatem, mit dem litigans über die Modalitäten der Beweisführung des genaueren zu verhandeln. Wenn aber bei der vindicatio in libertatem — man beachte wohl, dafs Paulus nur von dieser spricht! — dies eine Zeit lang nur durch die actio ad exhibendum konnte gewährleistet werden, so ergiebt sich auch hieraus, dafs anfangs wenigstens die Freilassung des litigans in dieser Prozefsform nicht vorausgesetzt wurde.

Indessen wenn auch nicht das, was die herrschende Meinung in unserem Vindizienparagraphen sucht, irgend etwas mufs in ihm gestanden haben, sonst könnte nicht ein Jurist wie Pomponius seine Verletzung durch Appius behaupten. Man braucht sich nur die Situation zu vergegenwärtigen, um den Inhalt des Gesetzes zu erkennen. Es ist ein wesentlicher Unterschied zwischen Legisaktions- und Formularprozefs, dafs in letzterem das Streitobjekt, falls über seinen thatsächlichen Besitz unter den Parteien kein Zweifel war, bis zum Austrag der Sache eben bei dem Besitzenden verblieb. In der ersten Periode dagegen finden wir, wie bekannt, statt dessen die prinzipielle Freiheit der Vindizienregulierung:

> praetor secundum alterum vindicias dicebat, id est aliquem possessorem constituebat eumque iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum.[1])

Über die Gründe und etwaigen Konsequenzen dieser Erscheinung ist in dem Exkurse gesprochen: mochte bei der dinglichen Klage diese Einrichtung eben wegen des mit ihr verbundenen Bürgschaftssystems gefahrlos erscheinen, so lag der Fall wesentlich anders in der Freiheitsklage: hier wäre es dem Belieben des Prätor überlassen geblieben, einen bisher unbestritten Freien, — denn der Ankläger konnte ja jemanden als seinen Sklaven beanspruchen, ohne zu bestreiten, dafs er bisher sogar bona fide in Freiheit gelebt habe: er konnte z. B. als Kind gestohlen worden sein etc. — ad interim auf den ungewissen Ausgang eines Prozesses hin ohne

---

[1]) Gaius IV, 16.

Richterspruch in die Hände eines anderen zu liefern. Diese Möglichkeit mufste natürlich abgeschnitten und deshalb die Bestimmung getroffen werden, dafs, wenn über die possessio libertatis sine dolo malo durch den litigans kein Zweifel unter den Parteien obwaltete, die Vindizien im Sinne der Erhaltung des status quo zu geben waren: war der thatsächliche Zustand oder die bona fides der für denselben verantwortlichen Personen bestritten, so entschied in ältester Zeit jedenfalls prätorische Kognition, später das bekannte Präjudizialverfahren; war endlich der litigans entweder bisher thatsächlich Sklave oder doch nur cum dolo malo frei, so trat die diskretionäre Befugnis des Prätor in ihre Rechte: er behielt in diesen Fällen bei der Vindizienregulierung freie Hand. Dies war also der Inhalt des Zwölftafelgesetzes über die Vindizien: man sieht, dafs dasselbe ebenso notwendig für den Legisaktionsprozefs wie überflüssig für das Formularverfahren war, da das letztere den Grundsatz der Wahrung des status quo bis zur Entscheidung des Prozesses ohnedies anerkannte: der Grund war die inzwischen erfolgte Einführung der possessorischen Interdikte, die eine richterliche Würdigung des Thatbestandes als solchen ermöglichten.

So kam es, dafs, was in der Zeit der Sakramentalklage eine exceptionelle Begünstigung der Freiheit war, in der zweiten Periode sich von selbst verstand: wollte man hier noch in favorem libertatis prozessualische Änderungen vornehmen, so mufste man eben weitergehn: auf diesem Wege [1]) und infolge einer langen Übung entwickelte sich dann der Grundsatz der durchgängigen Freilassung des litigans, der sogar zu Anfang des Formularverfahrens noch nicht existierte, geschweige denn während der ersten Periode.

Dieses Resultat hinsichtlich der Vindizienregulierung ergiebt sich aber nicht blofs aus allgemeinen juristischen Deduktionen, sondern auch positiv, wie schon bemerkt wurde, aus unseren Berichten, sogar den jüngsten, über den Prozefs der Verginia.

Entscheidend ist bereits, was in dem einzigen juristischen Bericht über diesen Prozefs, dem bei Pomponius in den Digesten gesagt wird [2]):

---

[1]) Vielleicht infolge von Erfahrungen, die dem etwaigen Verginiafall analog waren, vergl. den Schlufs des sechsten Abschnitts.

[2]) L. 2 § 24 D. I, 2. Der Bericht ist jedenfalls alt und gut. Darüber unten mehr. Sanio, Varroniana versucht den Nachweis, dafs er auf Varro beruht.

> initium secessionis dicitur fuisse Verginius quidam, qui cum animadvertisset, Appium Claudium contra ius, quod ipse ex vetere iure in XII tabulas transtulerat, vindicias filiae suae a se abdixisse et secundum eum, qui in servitutem ab eo suppositus petierat, dixisse captumque amore virginis omne fas ac nefas miscuisse etc.

Was hier Appius zum Vorwurf gemacht wird, ist, dafs er die Vindizien dem zusprach, qui in servitutem petiverat. Aus der ganzen Darstellung (ab eo suppositus, a patre etc.) geht hervor, dafs Pomponius den Vater als solchen betrachtete, den Prozefs also als vindicatio in servitutem ansah.

In diesem Prozefs nun die Vindizien secundum servitutem gegeben zu haben, macht der Jurist dem Beamten zum Vorwurf.

Sehr viel zahlreicher sind, wie begreiflich, die Spuren dieses Sachverhalts in den beiden ausführlichen Prozefsberichten, bei Livius und Dionysius. Ja, man sagt nicht zu viel, wenn man einzelne, wenn auch von den Autoren selbst mifsverstandene Reste der alten und guten Tradition fast jedem Satz derselben vindizieren wollte. Nur das Schlagendste in den beiden Berichten soll hier hervorgehoben werden.

Appius antwortete bei Livius[1]) den Advokaten der Verginia, welche auf Grund des Vindiziengesetzes die vindiciae secundum libertatem verlangt hatten:

> quam libertati faverit, eam ipsam legem declarare, quam Vergini amici postulationi suae praetendant; ceterum ita in ea firmum libertati fore praesidium, si nec causis nec personis variet; in iis enim, qui asserantur in libertatem, quia quivis lege agere possit, id iuris esse; in ea, quae in patris manu sit etc. etc.

Es ist hier nicht der Ort, auf den juristischen Wert dieser Deduktionen einzugehn; allein hält man sich an den Wortlaut, so weit er für unsere Frage in Betracht kommt, so ergiebt sich, dafs Appius zwei Eventualitäten gegeneinander hält: er würde die Stellvertretung anerkennen, wenn es sich um eine vindicatio in libertatem handelte[2]), das Wort libertas im Sinne von Gewaltfreiheit genommen, d. h. wenn die advocati die Suität der

---

[1]) Liv. III, 45, 1,

[2]) In iis, qui asserantur in libertatem. Natürlich ist e servitute zu ergänzen.

V. behaupteten; nun handele es sich aber um eine Inanspruchnahme für die väterliche Gewalt, eine vindicatio in patriam potestatem (um diesen unlateinischen Ausdruck zu brauchen), in diesem Falle sei der Vater alleiniger Kontravindikant. Hienach kann es keinem Zweifel unterliegen, dafs Appius den Prozefs nicht als vindicatio in servitutem ansieht, sondern als vindicatio e servitute in libertatem und zwar als eine bestimmte Unterart, vindicatio e servitute in patriam potestatem; allein dieser letzte Unterschied influiert natürlich nicht auf die Klaggattung im allgemeinen. Also er betrachtet Verginia a priori als Sklavin und hat demgemäfs das weitere prozessuale Verfahren zu regulieren das Recht und die Pflicht. Man darf auch nicht einwenden, Appius brauche den Ausdruck asseri in libertatem eben, um den Gegensatz zu den fremden Gewaltrechten Unterworfnen zu bezeichnen. Bei genauer Erwägung sieht man, dafs dieser Einwand nicht zutrifft: er hätte diesen Gedanken, falls er Verginia als sine dolo malo frei ansah, ausdrücken können und müssen: in iis, qui *e libertate* in servitutem adserantur id iuris esse. Auch dazu hätte das folgende und erst recht den von ihm beabsichtigten Gegensatz gebildet, nämlich: in iis, qui *e patria potestate* in servitutem adserantur etc. Allein indem er von einer assertio in libertatem spricht, zeigt er, da e servitute mit absoluter juristischer Notwendigkeit zu ergänzen ist, deutlich, dafs er bis auf weiteres Verginia als Sklavin anzusehen entschlossen ist. Natürlich hat Livius sich die Tragweite dieser Sätze nicht klar gemacht. Wir finden bei ihm hier wie oft Spuren einer alten und guten Tradition, die er selbst nicht mehr verstand. Denn in Wirklichkeit mufste diese Tradition, wenn sie mit Livianischer Breite vorging, Claudius den entsprechenden Antrag auf Anerkennung des Prozesses als vindicatio in libertatem stellen und Appius gegen den Widerspruch der Gegenpartei ihm Folge geben lassen.

Und in der That zeigt sich dies denn auch in dem diesbezüglichen Antrage von Claudius bei Dionysius: er will das Streitobjekt behalten, ist aber bereit, falls jemand gegen ihn klagen will, den Prozefs zu übernehmen [1]). Also er betrachtet sich ohne weiteres als Besitzer der Verginia und überläfst es anderen, das Verfahren gegen ihn einzuleiten: dann ist es aber vindicatio in libertatem. Dem tritt nun Numitorius in seiner Antwort entgegen:

[1]) Dionysius IX, 29.

er verlangt die Vindizien secundum libertatem mit der Motivierung:

> *σώματος εἰς δουλείαν ἐξ ἐλευθερίας ἀγομένου μὴ τὸν ἀφαιρούμενον τὴν ἐλευθερίαν ἀλλὰ τὸν φυλάττοντα κύριον εἶναι μέχρι δίκης.*

Deutlicher kann es gar nicht ausgesprochen werden, daſs bei der vindicatio e libertate in servitutem (als welche Numitorius den Fall von seinem Standpunkt aus ansieht) die Vindizien secundum libertatem zu geben sind. Also nicht in jedem Freiheitsprozeſs. Wäre das Gesetz gewesen, so hätte der Annalist unseren Redner sich jedenfalls darauf, was noch viel eindrucksvoller gewesen wäre, berufen lassen.

Dieselbe Auffassung des Vindiziengesetzes, welche Appius erstes Dekret bei Livius, wie wir gesehen haben, enthielt, tritt noch erheblich schärfer an derselben Stelle bei Dionysius hervor. Appius Dekret beginnt mit den Worten[1]):

> *ἐγὼ μὲν τὸν νόμον οὐκ ἀγνοῶ τὸν ὑπὲρ τῆς ἐγγυήσεως τῶν εἰς δουλείαν ἀγομένων κείμενον, ὃς οὐκ ἐᾷ παρὰ τοῖς ἀφαιρουμένοις εἶναι τὸ σῶμα μέχρι δίκης, οὐδὲ καταλύσαιμι ἂν ὃν αὐτὸς ἔγραψα ἑκών.*

Also der Beamte erklärt ausdrücklich, das Zwölftafelrecht verlange vindiciae secundum libertatem bei den *εἰς δουλείαν ἀγόμενοι* d. h. bei der vindicatio in servitutem, allein er erklärt nicht, was ihn die heutige Theorie erklären läſst, daſs dieser Zwang bei jeder causa liberalis statt hat.

Bliebe nun noch ein Zweifel in dieser Richtung übrig, so müſste er durch das Nachspiel beseitigt werden, welches dem Sturz der Decemvirn folgte: Verginius fordert hier den gestürzten Appius zu einem Sponsionsprozeſs darüber auf:

> eum ab libertate in servitutem contra leges vindicias non dedisse,

und derselbe Vorwurf wird von ihm später mit fast denselben Worten wiederholt:

> se iudicem illi ferre, ni vindicias ab libertate in servitutem dederit.[2])

[1]) Dionys. XI, 3.
[2]) Liv. III, 56–58.

Man ersieht hieraus deutlich, nicht vindicias secundum servitutem, sondern ab libertate in servitutem dedisse wird Appius zum Vorwurf gemacht, also nur das letztere war ungesetzlich. Mit anderen Worten: nicht in jedem Freiheitsprozeſs, sondern nur in der vindicatio in servitutem, d. h. wenn das Streitobjekt sich sine dolo malo in Freiheit befand, waren nach dem Zwölftafelgesetz die Vindizien secundum libertatem zu geben.

Der allgemeine Eindruck unserer Überlieferung bestätigt dieses Resultat, wie auch diese Überlieferung erst so verständlich wird: Gleich zu Anfang, wie konnte Appius seiner Kreatur den Rat geben, vindiciae secundum servitutem zu verlangen (denn das liegt in den Worten ne cederet secundum libertatem postulantibus vindicias), wie konnte der Klient am Tage der Katastrophe dieses Verlangen wiederholen und Appius ihm nachgeben, wenn absolut keine Möglichkeit vorlag, im Freiheitsprozeſs Vindizien secundum servitutem zu geben? Wenn das überhaupt kein gesetzlich denkbarer Begriff war? Und unsere Autoren hätten sich diesen wirksamsten rhetorischen Gegensatz in ihrer pathetischen Darstellung entgehen lassen? Wer Livius und Livianische Rhetorik kennt, der wird in den Angriffen auf den gestürzten Decemvir doch eine ganz andere Sprache zu hören erwarten, als wir sie in den Verginius in den Mund gelegten Deklamationen finden! Daſs der Beamte Verginia seinem Klienten zusprach, deren faktischen bisherigen Aufenthalt bei dem Vater jener selbst anerkannte, während, selbst wenn sie bisher unbestritten Sklavin des Claudius gewesen wäre, sie jetzt, wo Verginius als assertor in libertatem auftrat, notwendig hätte interimistisch freigegeben werden müssen: diesen überwältigenden Kontrast zu dem positiven und kürzlich neu sanktionierten Recht hätten, ich will nicht sagen die Verteidiger der Verginia, aber die Kompilatoren unserer Überlieferung sich entgehen lassen?

5. Der Prozeſs um Verginia bei Diodor.

Wie sich bisher bei allen die römische Geschichte betreffenden Untersuchungen gezeigt hat, giebt Diodor den ältesten und gerade in seiner Kürze zuverlässigsten Bericht. Der Prozeſs um Verginia macht hiervon keine Ausnahme. Der kurze Bericht dieses Schriftstellers ist vielmehr ebenso bedeutsam in dem, was er giebt, wie

in dem, was er nicht giebt.[1]) Man sieht zunächst, dafs das ganze Verfahren sich in einem Zuge abspielt, was aus sehr verschiedenen Gründen beabsichtigt sein mufste. Wenn das Dekret des Beamten hier scheinbar als Definitivsentenz auftritt, so ist das schon aus diesem Grunde ein Mifsverständnis Diodors: selbstverständlich ist das Verfahren in iudicio von dem in iure um mehrere Tage getrennt. Am ersten Tage kann es nicht weiter als bis zum Schlufs des Verfahrens in iure gekommen sein, also höchstens bis zur Erteilung der Vindizien. Man könnte es natürlich finden, dafs gerade unsere griechischen Berichterstatter, Diodor und Dionysius, aus der Vindizienerteilung eine Definitivsentenz gemacht haben: sie kannten eben als Griechen am wenigsten die Erfordernisse des römischen Civilverfahrens und insbesondere der Sakramentalklage. Allein es verdient bemerkt zu werden, dafs der Ausdruck, welchen Diodor braucht, der Beamte habe das Mädchen ausgeliefert (*τὴν κόρην ἐγχειρίσαντος*), so allgemein ist, dafs er auch auf eine etwaige Vindizienregulierung recht gut angewendet werden kann. Wir müssen also annehmen, dafs der vorgeschobene Ankläger die augenblickliche Freiheit der Verginia aus irgend welchen Gründen für dolos erklärte und demgemäfs die Anerkennung des Verfahrens als einer vindicatio in libertatem, nicht in servitutem verlangte, worauf er in betreff der Vindizien und damit überhaupt gewonnenes Spiel hatte. Natürlich ist zu diesem Verfahren die Anwesenheit des Vaters notwendig, sie ist aber auch andererseits für den gewissenlosen Richter gar kein Hindernis: worauf sein Dekret sich stützt, das wird durch die Anwesenheit des Vaters nicht berührt.

Und so finden wir denn auch die anfängliche Abwesenheit des Vaters bei Diodor nicht: er ist von vornherein anwesend gedacht (*παρών*). Auch ist der Ankläger noch nicht Klient des

---

[1]) Diodor XII, 25: *εἷς δ' ἐξ αὐτῶν* (sc. der Xviri), *ἐρασθεὶς εὐγενοῦς παρθένου πενιχρᾶς, τὸ μὲν πρῶτον χρήμασι διαφθεῖραι τὴν κόρην ἐπεβάλετο, ὡς δ' οὐ προσεῖχεν ἐκείνη τούτῳ, ἐπαπέστειλε συκοφάντην ἐπ' αὐτὴν, προστάξας ἄγειν εἰς δουλείαν. τοῦ δὲ συκοφάντου φήσαντος, ἰδίαν αὐτοῦ εἶναι δούλην, καὶ πρὸς τὸν ἄρχοντα καταστήσαντος δουλαγωγεῖν, προσαγαγὼν κατηγόρησεν ὡς δούλης. τοῦ δὲ διακούσαντος τὴν κατηγορίαν καὶ τὴν κόρην ἐγχειρίσαντος ἐπιλαβόμενος ὁ συκοφάντης ἀπήγαγε ὡς ἰδίαν δούλην. ὁ δὲ πατὴρ τῆς παρθένου παρὼν καὶ δεινοπαθῶν, ὡς οὐδεὶς αὐτῷ προσεῖχε, ... τὴν θυγατέρα ἀπέκτεινεν.*

Richters (*συκοφάντης*): die Quelle Diodors wuſste noch, daſs in der älteren Zeit Klienten noch nicht die volle Prozeſsfähigkeit hatten, sondern sich von ihrem Patron muſsten vertreten lassen[1]): so vermied sie den Widersinn, den Richter bei sich selbst prozessieren zu lassen. Dieser Richter ist hier noch nicht der spätere Träger der Verginialegende.

Es liegt im Wesen solcher Mythen, daſs sie eine Weile zeitlos und unbestimmt in ihren Details umherirren, ehe sie ihre Anknüpfung an bestimmte Personen finden. Die älteste Quelle sagte *εἷς ἐξ αὐτῶν*. Später wurde aus diesem einen Decemvirn Appius: es war eben das geistige Haupt des Kollegiums, und der Pamphletist, dessen claudierfeindliche Interpolation unserer Überlieferung Mommsens Darstellung aufgedeckt hat[2]), benutzte die Gelegenheit, um mit vieler Phantasie und wenig Wissen die Schatten auf Appius Portrait um eine Nuance zu vertiefen.

Allein die Quelle Diodors ging in ihrer Selbstbeschränkung noch weiter. Nicht bloſs daſs ihr Name und Stand des Verginius in der späteren Fassung noch unbekannt sind, sie macht das Mädchen zur *παρθένος εὐγενής*, zur Patricierin, offenbar in dem instinktiven Bewuſstsein, daſs das Decemviralregiment ganz gewiſs nicht als Tyrannis der Patricier gegen die Plebejer, wie es den späteren beliebt hat — waren doch auch Plebejer unter dem Decemviralkollegium vertreten, — sondern einzig und allein als die Willkürherrschaft patricisch-plebejischer Oligarchen gegen die von der Regierung ausgeschlossene Mehrheit b e i d e r Stände betrachtet werden kann. Diese Auffassung klingt denn auch wiederholt durch den Livianischen Bericht hindurch, wenn sie auch meist durch die Übermalung der späteren Autoren unkenntlich geworden ist und da, wo ein sorgfältiges Auge sie erkennt, mit dem Gesamtkolorit dieser jüngeren Berichte sich in lebhaftem Widerspruch befindet. Das tritt schon in der Einführung des Appius Claudius bei Livius hervor: regimen totius magistratus penes Appium erat favore plebis; adeoque novum sibi ingenium induerat, ut plebicola repente omnisque aurae popularis captator evaderet pro truci saevoque insectatore plebis[3]). An dieser Stelle identifiziert ihn Livius mit

---

[1]) Mommsen, Röm. Forschungen I, p. 372 ff.
[2]) Mommsen, Röm. Forschungen I, p. 285 ff.
[3]) Livius III, 7. cf. Mommsen c. I, p. 289.

dem gleichfalls als Plebejerfeind geschilderten älteren Appius, mit dem er auch in der That nach den kapitolinischen Fasten identisch ist, für gewöhnlich aber erscheint er nach den Livianisch-Dionysischen Quellen als dessen Sohn, da C. Claudius, ein Bruder des älteren Claudius, als sein Oheim genannt wird[1]). Der Oheim Claudius ist offenbar eine späte Verlegenheitserfindung, um die Widersprüche, die die Tradition über die Claudier allmählich enthielt, abzuschwächen, indem man einen neuen Claudius hineinschob: das zeigt sich auch darin, daſs die technische Feststellung des Verwandtschaftsverhältnisses nicht zum Abschluſs gekommen ist. Was aber den Decemvirat des Appius betrifft, so wünscht ihn bei Livius gerade die Plebs bei der Neuwahl:

> iam plebs, praeterquam quod consulum nomen haud secus quam regum perosa erat, ne tribunicium quidem auxilium cedentibus invicem appellationi decemviris quaerebat[2]).

Wenig später werden dieselben Decemvirn als Bedrücker der Plebs in grellen Farben geschildert[3]), womit denn auch zusammenhängt, daſs Livius der einzige Autor ist, dem es unbekannt geblieben ist, daſs auch Plebejer dem zweiten Decemvirat angehörten[4]).

Auch der Umstand, daſs das Opfer des einen Decemvir in der ältesten Überlieferung eine Patricierin war, ist in der späteren Tradition nicht ohne Spuren geblieben. Es ist sicher kein Zufall, daſs die Verginier, auf deren Namen die Sage sich später festgesetzt hat, in der ältesten Überlieferung Patricier waren:[5]) der erste plebejische Verginier, den wir vorfinden[6]), wird bei Gelegenheit der Geschichte von Kaeso Quinctius erwähnt[7]). Des weiteren lehrt uns der Bericht Diodors, daſs von vornherein der Anstifter unter den Decemvirn und der ungerecht dekretierende Beamte zwei

---

[1]) Livius III, 35. III, 40.

[2]) Liv. III, 34, 8. Unmittelbar vorher ein anderer Grund für die Wiederwahl, der der Wahrheit erheblich näher kommt.

[3]) Liv. III, 37, 77.

[4]) Liv. III, 35, 11. IV, 3, 17. cf. Mommsen, Forschungen I p. 295 ff.

[5]) Mommsen, Forschungen I p. 110.

[6]) Liv. III, 11.

[7]) Mommsen, Römische Forschungen II p. 148. Als besonders unglücklich darf wol der Vermittlungsversuch Schweglers bezeichnet werden (R. G. III p. 52), welcher aus Diodors Ausdruck entnimmt: „Die Familie der Virginier scheint zu den vornehmeren Familien ihres Standes, zur plebeischen Nobilität gehört zu haben.“ Dagegen hat Niebuhr die volle Konsequenz aus diesem Bericht gezogen.

verschiedene Personen waren! Vielmehr als der Sykophant seine Anklage vor dem Beamten erhebt, tritt der Urheber des Plans vor und bekräftigt durch sein Zeugnis die Anklage. Man sieht deutlich, wie hier die Momente zusammenliegen, deren Kombination in den späteren Versionen erfolgt ist. Bei Dionysius teilt Appius in längerer Rede mit, wie er dazu komme, aus eigener Wissenschaft Zeugnis abzulegen im Sinne der Anklage [1]), und es hat den Kompilator weiter nicht gestört, dafs dadurch der Beamte Zeuge und Richter in einer Person wird.

Was endlich die Entführungsgeschichte betrifft, die bei Diodor gleichfalls fehlt, so wird bei der Besprechung derjenigen Berichte, die sie enthalten, gezeigt werden, dafs dieselbe juristisch verkehrt und gleichzeitig ungeeignet ist, diejenigen Dienste zu leisten, welche die Urheber derselben nach der Tradition von ihr erwarteten.

Wenn wir so erkennen, wie diese Überlieferung, wo sie über Diodor hinausgeht, in sich widerspruchsvoll und unbrauchbar ist, eine Erkenntnis, die wir mit der Entfernung der Verginia aus der geschichtlichen Überlieferung bezahlen müssen, so drängt sich die weitere Frage auf, welcher Wert denn auf diese älteste Überlieferung bei Diodor selbst gelegt werden darf. So natürlich diese Frage ist, so unmöglich ist ihre Beantwortung, zu der es nach dem jetzigen Stande unserer wissenschaftlichen Erkenntnis und voraussichtlich für immer an jedem Anhalt fehlt. Dafs konstituierende Gewalten wie der Decemvirat ihrem Wesen nach nur durch Erfüllung ihres Zwecks, d. h. rechtlich überhaupt nicht befristet werden können, hat Mommsen [2]) gezeigt und mit Recht die Konsequenz gezogen, in unserer Überlieferung liege die Lehre enthalten, dafs „gegen den legalisierten Absolutismus es schliefslich keine Hilfe giebt als die illegale Selbsthilfe der einzelnen.“ Zweifellos ist das der innere Grund für den Sturz des Decemvirats gewesen, und es würde an sich dieses Sachverhältnis nicht ausschliefsen, dafs der äufsere Anlafs in wie auch immer gearteten Ausschreitungen der mit einer schrankenlosen Gewalt betrauten Beamten lag. Und so darf und mufs das Endurteil über diese Frage dem persönlichen Belieben und dem persönlichen Bedürfnis derer, die es angeht, überlassen bleiben.

---

[1]) Dionysius XI, 36.

[2]) Mommsen, Staatsrecht II. 1^2 p. 697.

Den Standpunkt der älteren, wenn auch nicht der ältesten Annalistik finden wir dann in einigen Notizen bei Cicero und Pomponius, auch dies in ungefährer Übereinstimmung mit der bisherigen Auffassung, welche den geschichtlichen Nachrichten Ciceros einen relativ hohen, vielleicht einen etwas zu hohen Wert beilegt. Die aphoristische Natur dieser Notizen gestattet nicht mit Bestimmtheit festzustellen, wie weit die Mythenbildung in den von Cicero benutzten Quellen gediehen war. An zwei Stellen finden wir bei ihm die Sache ohne die Namen der Helden erwähnt[1]), was in dem letzteren Falle, der Corneliana, besonders darum merkwürdig ist, weil Cicero hier die Geschichte der demokratischen Bewegungen mit einer gewissen Ausführlichkeit behandelt. Asconius giebt hierfür die Erklärung, es sei geschehen, da die Namen des Thäters wie des Opfers ohnedies in aller Munde seien[2]). In der That finden wir die Namen in de finibus genannt[3]), während an einer anderen Stelle der Bücher de republica schon Verginius, aber als Decimus Verginius, auftritt[4]). Mit Recht macht Niese darauf aufmerksam[5]), dafs die Namen bei Cicero um so vollständiger werden, je später die Abfassungszeit der einzelnen Schriften ist.

Pomponius hat gleichfalls schon die Namen. Man sieht aus der Art der Namensnennung deutlich, dafs dieselbe zur Zeit seiner Quelle noch neu war: es handelt sich noch nicht um den allbekannten Verginius des Asconius, sondern, wie bei Cicero, um einen Verginius (Verginius quidam).

---

[1]) Cic. de re publ. III, 32: Quid quum Xviri Romae sine provocatione fuerunt, tertio illo anno, cum vindicias amisisset ipsa libertas. Die andere Stelle ist nur aus Asconius § 68 K. bekannt.

[2]) Natürlich verwechselt der Kommentator seine Zeit mit der Ciceros. Reliqua pars huius loci . . . . et breviter et aperte ab ipso dicitur. nomina sola non adicit, quis ille ex decemviris fuerit, qui contra libertatem vindicias dederit, et quis ille pater, contra cuius filiam id decrevit; scilicet, quod notissimum est, decemvirum illum Appium Claudium fuisse, patrem autem virginis L. Verginium. Asconius l. c.

[3]) Cic. de finibus II, 66. Tenuis L. Verginius unusque de multis sexagesimo anno post libertatem receptam virginem filiam sua manu occidit potius quam ea Appii Claudii libidini, qui tum erat summo imperio, dederetur.

[4]) Cic. de re publ. II, 63: cum Decimus quidam Verginius filiam propter unius ex illis decemviris intemperiem in foro sua manu interemisset ac maevens ad exercitum, qui tum erat in Algido, confugisset.

[5]) Niese, de annalibus Romanis observationes, Marburg 1886 p. VI ff.

Von sachlichen Verstöfsen sind diese Berichte sämtlich frei. Namentlich ist von der anfänglichen Abwesenheit des Vaters nicht die Rede, auch der Helfershelfer des Beamten bei Pomponius [1]) noch nicht sein Klient.

6. Der Prozefs um Verginia in der jüngeren Annalistik.

Dafs jeder Schritt über die älteste Annalistik hinaus, die mehr oder weniger entstellt bei Diodor vorliegt, ein Schritt ins Bodenlose und Unmögliche ist, wurde oben ausgesprochen und wird demnächst an den Berichten bei Livius und Dionysius zu erweisen sein. Diese durchgehende Korruption der Überlieferung findet gerade in unserem Fall wenn nicht eine Entschuldigung doch eine Erklärung. Erinnern wir uns, wie in der älteren Zeit, welcher etwa der Verginiafall angehört haben mag, die Freilassung des litigans zwar bei der vindicatio in servitutem, aber nur bei dieser gesetzlich bestimmt war, während später dieses Prinzip auf jede Freiheitsklage ausgedehnt wurde. Wann diese Ausdehnung stattfand, ist nicht überliefert; allein bedenkt man, dafs der eigentliche Inhalt des Vindizienparagraphen der XII Tafeln, eine Garantie gegen die prinzipielle Freiheit der Vindizienregulierung zu bilden, durch das Formularverfahren, welches diese Willkür bekanntlich abschaffte, überholt war, so liegt die Annahme nahe, dafs allmälich mit der Entwickelung des Prozefsrechts in dieser zweiten Periode der später anerkannte Grundsatz im Wege einer konstant geübten Praxis sich Geltung verschafft hat. Dann ist auch ohne weiteres klar, dafs Historiker, die ohne Kenntnis der Rechtsgeschichte von dem zu ihrer Zeit in diesen Dingen herrschenden Prinzip ausgingen, die Entscheidung in den älteren Quellen nicht mehr begriffen: sie wufsten eben nicht, dafs es früher möglich war, Vindizien gesetzlich secundum servitutem zu geben und sahen sich deshalb nach einer anderen Erklärung um, die ihnen plausibel erschien. Dafs sie auf das Unglücklichste verfielen, den Prozefs in Abwesenheit des Vaters beginnen zu lassen, daran mochte neben

---

[1]) L. 2 § 24 D. I, 2: initium secessionis dicitur fuisse Verginius quidam, qui cum animadvertisset, Appium Claudium contra ius, quod ipse ex vetere iure in XII tabulas transtulerat, vindicias filiae suae a se abdixisse et secundum eum, qui in servitutem ab eo suppositus petierat, dixisse captumque amore virginis omne fas ac nefas miscuisse.

anderem die Kürze der ältesten Quelle schuld sein, die den für sie selbstverständlichen Anteil des Vaters beim Beginn des Verfahrens nicht weiter hervorhob, sondern sich mit seiner Erwähnung bei der Katastrophe begnügte. Ist diese Auffassung richtig, so würde die herrschende Meinung, welche als jüngste Quelle des Livius einen Annalisten der Sullanischen Epoche, Licinius Macer[1]), annimmt, mit dem, was hier aus juristischen Thatsachen gefolgert wurde, sehr wohl übereinstimmen.

Es erübrigt nunmehr, die Kontamination der beiden Quellenschichten bei Livius und Dionysius im einzelnen nachzuweisen.

Die Einleitung der Scene bei beiden Autoren zeigt, dafs man es zunächst mit einer Überrumpelung versuchen wollte. Es wird eine untechnische[2]) manus iniectio versucht, vom Standpunkt des Angreifenden ein Akt erlaubter Selbsthilfe, über deren Rechtmäfsigkeit, falls sie bestritten wird, sich der Angreifer vor Gericht zu verantworten hat. Ihr Kriterium liegt in der Öffentlichkeit am hellen Tageslicht; eben hierdurch unterscheidet sie sich vom crimen vis: es soll Gelegenheit zur Einsprache gegeben werden. So erklärt sich die Eskorte, mit der Claudius sich umgeben soll[3]); zur blofsen Einleitung des Civilverfahrens würde Claudius allein genügen. Anderseits ist Appius doch auf Einsprache gefafst und giebt auch für diesen Fall seine Instruktion. Das tritt besonders deutlich bei Livius hervor. Der erste Auftrag des Decemvir an seinen Klienten lautet: virginem in servitutem assereret[4]); gemeint

---

[1]) Mommsen, Römische Forschungen I p. 315. Chronologie p. 186.

[2]) Servius zu Verg. Aen. X, 419 manus iniectio dicitur, quotiens nulla iudicis auctoritate exspectata rem nobis debitam vindicamus.

[3]) Dionys. XI, 28. *Μάρκον Κλαύδιον διδάξας ὅσα ποιεῖν ἐβούλετο καὶ λέγειν ἀποστέλλει συχνοὺς τῶν ἀναιδεστάτων ἐπαγόμενον.*

[4]) Liv. III, 44. Schwierigkeiten bereitet nur die Schlufswendung: vocat (sc. Claudius) puellam in ius. In ius voziert man seinen Prozefsgegner: natürlich kann in diesem Fall hiervon aus dem doppelten Grunde nicht die Rede sein, weil Verg. als filia familias in manu und Objekt der Freiheitsklage ist. Schmidt (c. p. 75 f.) bemerkt, man könne auf doppeltem Wege abhelfen: „zunächst auf dem gewaltsameren, indem man mit Verwerfung der Quellen sagt, Numitorius oder Icilius, schon auf dem Forum als libertatis vindex sich gebend, vozierte den M. Claudius in ius; oder auf dem anderen, milderen und natürlicheren, durch die Voraussetzung nämlich, es habe der Letztere, als die erstaunte Masse drängte, von dem strengen Recht der ductio nachgelassen, sich mit der geringern, völlig zureichenden vocatio begnügend.“ Allein wenn wir von der ersten in der That verfehlten Kombination ganz absehn, welches Recht zur ductio hat Claudius denn? Und

ist nicht die technische assertio in servitutem, welche der Klient vielmehr gerade vermeiden soll, sondern der Ausdruck ist, wie vieles bei Livius, untechnisch aufzufassen resp. anzunehmen, dafs Livius sich über die Tragweite desselben nicht klar war: der Klient soll das Mädchen als Sklavin abführen, falls kein Widerspruch sich erhebt; im anderen Falle: ne cederet secundum libertatem postulantibus vindicias d. h. solle er die Vindizien secundum servitutem verlangen. Bis dahin ist der Bericht in Ordnung; die nun folgende Motivierung, quod pater puellae abesset, locum iniuriae esse ratus, gehört bereits der jüngeren Überlieferung an. Der Klient befolgt dann genau diese Instruktion; die Menge, welche für Verginia Partei nimmt, zwingt ihn zur Beschreitung des Rechtsweges. Es ist also die zweite der von Appius erwogenen Eventualitäten eingetreten. Hier stimmen die Berichte bei Livius und Dionysius völlig überein.

---

welcher Art ist die vocatio, mit der er sich begnügt? Schmidt meint, „es wollte M. Claudius die stürmische Volksmasse durch die faktische Autorität eines magistratischen Ausspruchs überzeugen, wie nichts Widerrechtliches in seinem Auftreten zu erfinden sei.“ Allein angenommen, es hätte Claudius wirklich diese Absicht gehabt, was schwerlich glaubhaft ist, so kann das doch nun und nimmer als in ius vocatio puellae bezeichnet werden. Weissenborn bemerkt u. A.: „vocat in ius ist nur weitere Ausführung von iure grassari: er führe sie vor den Magistrat, wo jeder seine Ansprüche geltend machen könne.“ In ius vocare heifst doch nicht vor den Magistrat führen! All diesen Erklärungsversuchen liegt eine übertriebene Hochachtung vor der bei Livius abgelagerten Tradition zu Grunde: der unjuristische Schriftsteller, welchem jene Phrase verdankt wird, war entweder über die genaue technische Bedeutung der in ius vocatio oder über die Thatsache, dafs man in einem Prozefs nicht gleichzeitig Partei und Objekt sein kann, oder über beides im unklaren: er wandte, wie auch heute Halbgebildete thun, eine technische Wendung an einer Stelle an, wo sie keinen Sinn giebt, — man denke nur an die Prozefsberichte in unserer Tagespresse — und so liefs er Claudius die in ius vocatio ausführen, während er sagen wollte, Cl. habe Verginia aufgefordert, ihm zu folgen. Bei dieser Gelegenheit mag noch erwähnt werden, dafs Puntschart — offenbar als Entgegnung auf die erste Kombination Schmidts — bemerkt: „Eine in ius vocatio des Claudius von seiten eines der Anwesenden ist hier darum nicht nötig, weil Claudius nach seiner eigenen Versicherung schon auf dem Wege zum Magistrat begriffen ist.“ Als ob es darauf ankäme! Zweck einer in ius vocatio ist in erster Linie Feststellung der Kläger- und Beklagtenrolle in iure. Das Folgen des vocatus wäre speziell in diesem Falle nicht Selbstzweck, sondern nur eine Konsequenz der vocatio. Aber gerade darin liegt die Schwierigkeit: wer Claudius in ius voziert, müfste ihn als Beklagten anerkennen.

Bei Livius beginnt nun das Verfahren in iure zwischen Claudius und den Rechtsbeiständen der Verginia vor dem Tribunal des Appius. Der Klient erzählt die bekannte Entführungsgeschichte und verlangt den vorläufigen Besitz des Mädchens bis zur Ankunft des Vaters [1]). An dieser Stelle beginnt der Dualismus in unseren ausführlichen Prozefsberichten: wenn Claudius den vorläufigen Besitz der V. auf Grund eines materiellen Rechtsgrundes verlangt, so hat dieser notwendig mit Verginius Abwesenheit nichts gemein, behielte vielmehr auch diesem gegenüber seine Kraft, während andrerseits juristisch das Verfahren ohne Verginius gar nicht in die Wege geleitet werden kann. Natürlich ist es Pflicht der advocati, dieses letztere zu betonen und Vertagung des Verfahrens bis zur Ankunft des Vaters zu verlangen. Dies geschieht dann auch in dem ersten Teil ihrer Rede; allein am Schlufs derselben verlangen sie unter Berufung auf das Vindiziengesetz die vindiciae secundum libertatem [2]), was zur Voraussetzung hat, dafs sie doch den Prozefs als Beklagte übernehmen wollen. Natürlich ist er dann keine „res integra“ mehr. Offenbar können sich die Advokaten nur zur Bürgenstellung für das Erscheinen des Verginius erboten und demgemäfs verlangt haben, seine Tochter bis zu dem verbürgten Termin in Gewahrsam zu nehmen. Wahrscheinlich sollte dieses gesagt werden, aber unser Autor, dem die ungerechte Erteilung von Vindizien als Schlufsmoment des Prozesses vorschwebte, und der auch über die Bedeutung der Vindizienerteilung im Unklaren war, brachte, wie fortwährend in diesem Bericht, den juristischen Kunstausdruck an der falschen Stelle an.

Ganz derselbe Dualismus liegt in Appius Antwort, seinem ersten Dekret vor [3]), über welches schon oben gesprochen worden

---

[1]) Liv. III, 44: notam iudici fabulam petitor, quippe apud ipsum auctorem argumenti, peragit: puellam domi suae natam furtoque inde in domum Vergini translatam suppositamque ei esse; id se iudicio compertum adferre probaturumque vel ipso Verginio iudice, ad quem maior pars iniuriae eius pertineat; interim dominum sequi ancillam aequum esse.

[2]) Liv. III, 44: advocati puellae, cum Verginium rei publicae causa dixissent abesse, biduo adfuturum, si nuntiatum ei sit, iniquum esse absentem de liberis dimicare, — nein, nicht unbillig, sondern prozessualisch unmöglich — postulant ut rem integram in patris adventum differat, lege ab ipso lata vindicias det secundum libertatem, neu patiatur virginem adultam famae prius quam libertatis periculum adire.

[3]) Liv. III, 45, 1 ff.: quam libertati faverit, eam ipsam legem declarare, quam Vergini amici postulationi suae praetendant; ceterum ita in ea firmum

ist. Er beruft sich auf das Stellvertretungsgesetz im Legisaktionsverfahren, legt dasselbe ganz richtig dahin aus, dafs im Freiheitsprozefs um eine Gewaltunterworfene nur der Gewaltinhaber die berechtigte Prozefspartei ist. Statt aber hieraus den juristisch allein möglichen Schlufs zu ziehn, dafs der Prozefs bis zur Ankunft von Verginius vertagt werden mufs, überantwortet er durch Dekret das Mädchen dem Klienten!

Dies wird dann auch von den hinzukommenden Verwandten der Verginia, von Numitorius und Icilius so eindringend geltend gemacht, dafs Appius sich diesmal zum Nachgeben veranlafst sieht. Allein die Form des ihm dabei in den Mund gelegten Dekrets ist für die Natur der Livianischen Überlieferung im höchsten Mafs charakteristisch [1]):

> non praebiturum se illi eo die materiam; sed ut iam sciret non id petulantiae suae, sed Verginio absenti et patrio nomini et libertati datum, ius eo die se non dicturum neque decretum interpositurum; a. M. Claudio petiturum, ut decederet iure suo vindicarique puellam in posterum diem pateretur. Quod nisi pater postero die adfuisset, denuntiare se Icilio etc.

Also Appius thut, was von ihm verlangt ist: Er versichert, um Icilius keinen Vorwand zur Unbotmäfsigkeit zu geben, ius eo die se non dicturum. Welchen Erfolg soll das haben? Icilius Widerstand bezieht sich ja nicht auf ein noch zu erwartendes Dekret, — dann hätte Appius recht — sondern auf ein be-

---

libertati fore praesidium, si nec causis nec personis variet; in iis enim, qui asserantur in libertatem, quia quivis lege agere possit, id iuris esse; in ea, quae in patris manu sit, neminem esse alium, cui dominus possessione cedat; placere itaque patrem accessiri, interea iuris sui iacturam assertorem non facere, quin ducat puellam sistendamque in adventum eius, qui pater dicatur, promittat.

[1]) Liv. III, 46, 3. Weissenborn bemerkt dazu: „Appius erklärt bei der veränderten Lage der Verhältnisse, dafs er das bereits erlassene Dekret als nicht vorhanden betrachte oder zurücknehme und auf sein Recht als Magistrat einzuschreiben verzichte, vielmehr als Patron sich zu Bitten bei seinem Klienten herablassen wolle, dafs dieser von seinem 45, 3 anerkannten Rechte bis zum folgenden Tage abstehe.“ Diese Paraphrase enthält allerdings, was Appius hätte sagen müssen, um mit sich im Einklang zu bleiben: allein der Wortlaut zeigt und es wird noch dargelegt werden, dafs der Beamte in diesem Bericht wesentlich anders gesprochen hat.

reits erlassenes nach Livius Darstellung! Noch bedenklicher ist das folgende: neque decretum interpositurum, er werde kein Dekret erlassen. Wer verlangt denn ein Dekret von ihm bei Livius? Von Zurücknahme eines Dekrets, wie Weifsenborn voraussetzt, ist, wie man sieht, keine Spur, vielmehr die Situation so, dafs Appius thut, als habe er tabula rasa, eine res integra vor sich. Aber Appius ist nicht der einzige, der so vorgeht, auch Icilius thut es. Das liegt in seinem ganzen Auftreten, z. B. in den Worten: neque tu istud decretum sine caede nostra referes, nur über unsere Leichen hinweg wirst Du Dein Dekret von neuem vorbringen können; also er betrachtet das Dekret, wie Weifsenborn ganz richtig bemerkt, mit seiner Ankunft eo ipso als nicht vorhanden, was natürtlich juristisch und logisch unmöglich ist. Das Wort dieses Rätsels liegt nahe: Die ganze Verhandlung vor Auftreten des Numitorius und Icilius ist ein spätes und schlechtes Einschiebsel, eine Art Doublette des Folgenden. Wenn eine Quelle die Notiz enthielt, dafs der Prozefs in Abwesenheit der Angehörigen Verginias begann, und dies von einem Autor auf den Vater, von einem anderen auf die übrigen Verwandten bezogen wurde, so konnte ein kritikloser Kompilator leicht zu der confusen Zusammenstellung kommen, die wir bei Livius vorfinden.

Für diese Annahme einer doppelten Rezension spricht denn auch der Bericht bei Dionysius, der im übrigen in bemerkenswerten Punkten von dem Livianischen abweicht.

Hier wird das erste Dekret des Appius, welches sachlich mit dem Livianischen übereinstimmt, in Gegenwart der Verwandten Verginias gegeben und auf deren Widerspruch hin zurückgenommen[1]). Claudius, von dem Verlobten der Verginia — er heifst hier Lucius — zur Rede gestellt, entwickelt in längerer Rede sein Recht an dem Mädchen[2]). Natürlich ist der quantitativ gröfste Teil eigenes Fabrikat des griechischen Rhetors, der hier, wie gewöhnlich, keine glückliche Hand gehabt hat, allein das Substrat derselben gehört offenbar seiner Vorlage an. Es ist eine Ausschmückung desselben Berichts, den an derselben Stelle Livius mitteilt[3]): Numitoria, Verginius Frau, soll das Kind der Sklavin

[1]) Dionys. XI, 28.

[2]) Dionys. XI, 29.

[3]) Liv. III, 44: puellam domi suae (sc. Claudii) natam furtoque inde in domum Vergini translatam suppositam ei esse; id se ... probaturum vel ipso Verginio iudice, ad quem maior pars iniuriae eius pertineat.

von Claudius gestohlen und als ihr eigenes ausgegeben haben. Hier fällt zunächst bei dieser völlig übereinstimmenden Darstellung beider Autoren eines auf: diejenige Theorie, welche die Grundsätze der Noxalklage auf Delikte der in manu befindlichen Personen ausdehnt[1], befindet sich mit unserm Prozefsbericht in unlösbarem Widerspruch, denn ausliefern kann Verginius Numitoria nicht mehr[2], er kann also nur noch auf Sachentschädigung belangt werden: man sieht, dafs bei dieser Sachlage das Vorgehen des Claudius geradezu albern erscheint: er kann im günstigsten Fall nur eine Geldentschädigung verlangen, die bekannte litis aestimatio der Noxalklage. Trotzdem würde ich es nicht für richtig halten, auf Grund unseres Prozesses die Theorie in diesem Punkt zu korrigieren: man thut Livius und seinen Autoren schwerlich Unrecht, wenn man annimmt, dafs sie die ungemeine Schwierigkeit der Sache auch nicht entfernt geahnt haben: ist doch soger den Neueren das Hereinspielen der Verginiafrage in diese Dinge, soweit ich sehn kann, entgangen.

Der Antrag des Claudius[3] auf einstweiligen Besitz der Verginia entspricht völlig dem analogen bei Livius. Er betrachtet sich, da er das Ganze als vindicatio in libertatem ansieht, als vorläufigen und konstituierten Herrn der Verginia, offenbar auf Grund seines materiellen Rechtsanspruchs und erbietet sich demgemäfs zum vadimonium in iure sisti bis zum Termin. Die folgende Opposition der Verwandten hat Dionysius unter zwei Rollen, Oheim und Bräutigam, verteilt, während Livius sich mit Icilius begnügte: offenbar fehlte über diese Verteilung jeder Anhalt in der Überlieferung. Was nun Numitorius sagt, ist sehr merkwürdig: er läfst sich zunächst ausführlich auf die Rechtsfrage ein, was bei Livius in diesem Stadium des Verfahrens nicht geschieht[4]. Der

[1]) Puchta c. II. p. 373 n. ccc.

[2]) Die noxae datio der uxor in manu hält überhaupt für ausgeschlossen Rudorff zu Puchta l. c. vergl. Voigt c. II. p. 596.

[3]) Dionys. XI, 28: *ἀξιῶ τὴν θυγατέρα τῆς ἐμῆς θεραπαίνης ἄγειν καὶ δίκας ὑπέχειν βουλόμενος, ἐὰν ἀντιποιῆταί τις, ἐγγυητὰς καταστήσειν ἀξιόχρεως, ἄξειν αὐτὴν ἐπὶ τὴν δίκην. εἰ δὲ ταχεῖαν βουλεταί τις γενέσθαι διάγνωσιν, ἕτοιμος ἐπὶ σοῦ λέγειν αὐτίκα μάλα καὶ μὴ διεγγυᾶν τὸ σῶμα μήτ' ἀναβολὰς τῷ πράγματι προσάγειν· ὁποτέραν δ' ἂν οὗτοι βουληθῶσι τῶν αἱρέσεων ἑλέσθωσαν.*

[4]) Was die Tragweite der Differenzen bei L. u. D. und speziell das Verhältnis der Livianischen zur Dionysischen Quelle angeht, so verweise ich auf den zweiten Excurs, in dem diese Frage ausführlich behandelt ist (cf. p. 186).

Kern von Numitorius Ausführungen ist: Verginia habe bisher unbeanstandet für frei gegolten, es liege zunächst kein triftiger Grund vor, dies für einen Irrtum zu halten, folglich müsse Verginia bis zur Ankunft des Vaters frei sein, in dessen Gegenwart dann der Prozeſs angestrengt werden könne. Wozu Numitorius sich hiernach allein erbieten kann, ist ein vadimonium in iure sisti für Verginia zu bestellen; allein auch bei Dionysius verquickt sich diese allein korrekte Auffassung mit der unseligen Vindizientheorie wie bei Livius. Statt den Aufschub jeder juristischen Handlung bis zur Ankunft des Vaters zu verlangen, erbietet er sich selbst zur Prozeſsübernahme[1]). Man sieht den flagranten Widerspruch zwischen Anfang und Schluſs dieser Replik, und zwar denselben Widerspruch, der sich an derselben Stelle bei Livius in dem Antrag der vindices herausgestellt hat: zuerst will Numitorius die Eröffnung des Verfahrens bis zum Eintreffen des Vaters verschoben wissen (*δίκην ἀπολογήσεσθαι*) als eine res integra, dann aber sollen doch nach Appius Gesetz vindiciae secundum libertatem gegeben werden, denn nur das kann gemeint sein, also muſs der Sprecher doch das Verfahren in iure als Gegenpartei jetzt erledigen wollen, was auch darin liegt, daſs er die *ἀντιποίησις* vornehmen will, die contravindicatio. Möglich, ja wahrscheinlich, daſs Dionysius sich die hier auftauchenden Fragen selbst nicht klar gemacht, daſs er den Unterschied des Verfahrens in iure von dem in iudicio überhaupt nicht begriffen hat und sich das Ganze nach der Analogie des attischen Verfahrens zurecht legte, welches gleichfalls bei dem Freiheitsprozeſs das vadimonium certo die sisti kennt und anwendet.

Dieselbe Auffassung und denselben Dualismus finden wir denn auch in Appius erstem Dekret bei Dionysius[2]).

---

[1]) Dionys. XI, 30: *τὴν μὲν οὖν δίκην αὐτὸν ἔφη τὸν πατέρα πέρὶ τῆς θυγατρὸς ἀπολογήσεσθαι, παραγενόμενον ἀπὸ τῆς στρατιᾶς· τὴν δὲ τοῦ σώματος ἀντιποίησιν, ἣν ἔδει γενέσθαι κατὰ τοὺς νόμος, αὐτὸς ποιεῖσθαι, θεῖος ὢν τῆς κόρης καὶ τὰ δίκαια ὑπέχειν, οὐδὲν ἀξιῶν οὔτε ξένον οὔτε ὁ μὴ καὶ τοῖς ἄλλοις ἀποδέδοται Ῥωμαίοις δίκαιον, εἰ μὴ καὶ πᾶσιν ἀνθρώποις, σώματος εἰς δουλείαν ἐξ ἐλευθερίας ἀγομένου μὴ τὸν ἀφαιρούμενον τὴν ἐλευθερίαν ἀλλὰ τὸν φυλάττοντα κύριον εἶναι μέχρι δίκης. ἔφη τε διὰ πολλὰς αἰτίας προσήκειν τῷ Ἀππίῳ φυλάττειν τοῦτο τὸ δίκαιον· πρῶτον μὲν, ὅτι τὸν νόμον τοῦτον ἅμα τοῖς ἄλλοις ἐν ταῖς δώδεκα δέλτοις ἀνέγραψεν*

[2]) Dionys. XI. 31: *ἐγὼ μὲν τὸν νόμον, εἶπεν, οὐκ ἀγνοῶ τὸν ὑπὲρ τῆς ἐγγυήσεως τῶν εἰς δουλείαν ἀγομένων κείμενον, ὃς οὐκ ἐᾷ παρὰ τοῖς ἀφαιρουμένοις εἶναι τὸ σῶμα μέχρι δίκης, οὐδὲ καταλύσαιμι ἄν, ὃν αὐτὸς*

Es ist genau dasselbe Verhältnis, nur deutlicher hervortretend, wie an derselbeu Stelle des Livianischen Berichts: was den Vindizienparagraphen betrifft, so ist schon oben bemerkt worden: die Notwendigkeit der interimistischen Besitzregulierung *secundum libertatem* wird hier gesetzlich statuiert bei den **εἰς δουλείαν ἀγόμενοι** d. h. bei der *vindicatio e libertate in servitutem.* Betrachtet also Appius das Verfahren als vindicatio in libertatem, so darf er vindiciae secundum servitutem geben. Allein diese Konsequenz zieht der Dezemvir hier so wenig wie bei Livius, vielmehr tritt hier derselbe Quellenwechsel ein und wird auf jene zweite Variante eingegangen, wonach das erste Dekret motiviert erscheint durch Verginius Abwesenheit. Die Konsequenz ist denn auch, dafs in beiden Berichten, wenn man die Sache unbefangen erwägt, der zweite Satz absolut keinen Zusammenhang mit dem ersten hat. In dem ersten wird von Vindizien gesprochen, also die Vornahme der legis actio in iure d. h. die Anwesenheit des Vaters vorausgesetzt, im zweiten die Entscheidung gerade auf dessen Abwesenheit basiert. Ganz dasselbe bei Livius, wo man noch sieht, wie in höchst ungeschickter Weise durch einige Partikeln der Versuch gemacht ist, den Rifs zu überdecken. Der Satz über Vindizien gehört einer Quelle an, die Verginius von Anfang an zugegen sein liefs, der zweite einer ganz jungen Tradition, die Appius Entscheidung nicht mehr begriff und die daher auf das Auskunftsmittel verfiel, die Katastrophe auf die anfängliche Abwesenheit des Vaters zu basieren, was juristisch unmöglich und deshalb besonders unglücklich war, weil man den Vater bei dem alt und gut überlieferten Schlufseffekt doch nicht entbehren konnte. Ergänzt man diese beiden Quellen aus dem, was hier von ihnen erhalten ist, so ergiebt sich: die ältere liefs Appius sagen, er betrachte auf Grund der von beiden Parteien vorgebrachten Behauptungen das Verfahren als vindicatio in libertatem, Verginia also als Eigentum des Claudius; folglich waren, wenn die vindicatio von Verginius sofort vorgenommen wurde, Claudius die Vindizien zu erteilen.

ἔγραψα ἑκών· ἐκεῖνο μέντοι δίκαιον ἡγοῦμαι, δυοῖν ὄντων τῶν ἀντιποιουμένων, κυρίου καὶ πατρός, εἰ μὲν ἀμφότεροι παρῆσαν, τὸν πατέρα κρατεῖν τοῦ σώματος μέχρι δίκης. ἐπεὶ δ' ἐκεῖνος ἄπεστι, τὸν κύριον ἀπαγαγεῖν ἐγγυητὰς ἀξιόχρεως δόντα καταστήσειν ἐπὶ τὴν ἀρχὴν, ὅταν ὁ πατὴρ αὐτῆς παραγένηται. περὶ δὲ τῶν ἐγγυητῶν καὶ τοῦ τιμήματος καὶ τοῦ μηδὲν ὑμᾶς ἐλαττωθῆναι περὶ τὴν δίκην πολλὴν ποιήσομαι πρόνοιαν, ὦ Νομιτόριε.

Diesen Verlauf mufs die ältere Quelle dargestellt haben, welche in unseren ausführlichen Berichten über Appius Dekret durch die jedesmaligen Vordersätze repräsentiert wird. Die zweite jüngere liefs Appius erklären: die vindicatio darf in Abwesenheit des Vaters nicht vorgenommen werden, dieser ist also herbeizuholen; und nun wurde in durchaus unjuristischer, ja man darf sagen, unlogischer Weise daraus deduziert, dafs Claudius bis zur Ankunft des Vaters das Streitobjekt in Verwahrung nehmen dürfe.

In Übereinstimmung mit Livius giebt auch der Bericht bei Dionysius nach dem heftigen und drohenden Widerspruch von Verginius Freunden ein neues Dekret von Appius mit demselben Inhalt, das die Forderungen dieser Partei völlig befriedigt: es erfolgt Aufschub des Prozesses bis zur Ankunft des Vaters und Anerkennung von Verginias vorläufiger Freiheit[1]).

Dieses zweite Dekret gehört offenbar der jüngsten Überlieferung an: es beruht auf der anfänglichen Abwesenheit des Vaters, hat aber den Zweck, die hieraus sich ergebenden Konsequenzen durch Sistierung des Verfahrens wieder aufzuheben. Demgemäfs findet denn auch die entscheidende Schlufsscene in Gegenwart von Verginus statt, ja er gerade spielt in ihr die Hauptrolle. Und man sieht, wie unsäglich thöricht diese Geschichtsklitterung gewesen ist: man wollte Appius Entscheidung durch Verginius Abwesenheit motivieren, liefs ihn aber doch in der entscheidenden Scene dabei sein, denn freilich, ohne dafs er dabei war, konnte er seine Tochter nicht töten, und dieser letzte Zug war so alt und sicher überliefert, dafs kein späterer Annalist daran zu rütteln gewagt hat. Allerdings verlor man damit alles, was man etwa vorher für das Verständnis des Verfahrens gewonnen hatte, wenn auch dieser Gewinn auf einer sehr mangelhaften juristischen Einsicht beruhte: dieselben Gründe, welche am letzten Tage ausreichten, um Verginia ihrem Vater in dessen Gegenwart zu entziehn, hätten diesen Dienst auch von vornherein erweisen können. Der Verlegenheitsausweg der jüngeren Quelle war also nicht blofs juristisch undenkbar, sondern er

[1]) Dionys. XI, 32: *ἐγὼ τὸ μὲν ἀκριβὲς . . . περὶ τῆς διεγγυήσεως τοῦ σώματος . . . παρίημι· χαρίζεσθαι δ' ὑμῖν βουλόμενος πέπεικα τὸν ἐμὸν πελάτην, ἐᾶσαι μὲν τοῖς συγγενέσι τῆς παρθένου δοῦναι τὴν διεγγύησιν, ἕως ὁ πατὴρ αὐτῆς παραγένηται. ἀπάγεσθε οὖν, ὦ Νομιτόριε, τὴν κόρην καὶ τὴν ἐγγύην ὁμολογεῖτε περὶ αὐτῆς εἰς τὴν αὔριον ἡμέραν.*

konnte gar nicht zu Ende geführt werden gegenüber dem feststehenden Tode des Mädchens und der nicht minder fest überlieferten Art dieser Katastrophe. Möglich, dafs die Quelle, welche jenen Ausweg erfand, auch nicht davor zurückschreckte, den Vater bis zum Schlufs fernzuhalten und etwa dem Bräutigam dessen Rolle zu übertragen: dies wäre wenigstens konsequent gewesen, aber unsere Überlieferung bewahrt davon nicht die leiseste Spur. Sondern nachdem sie das Wunderding zu stande gebracht hat, einen Prozefs beginnen zu lassen, ohne dafs die eine der dazu nötigen Parteien gegenwärtig ist, löst sie wie die Penelope der Sage ihr immerhin kunstfertiges Gewebe mit grofsem Eifer wieder auf, so dafs niemand begreift, weshalb sie es eigentlich gewoben hat: der Prozefs wird doch bis zur Ankunft des Vaters sistirt. Damit ist man denn glücklich wieder am Anfange des Ganzen, und der circulus vitiosus hat ein Ende; ein Ende freilich auch die Weisheit wenigstens derjenigen antiken Historiker, die der jungen Quelle ganz oder vorzugsweise folgten: denn da diese die Abwesenheit des Vaters zur Erklärung des ihr unverständlich gewordenen Prozefsberichts ersann, so mufste sie notwendig ratlos sein in dem Augenblick, wo sie dieses Auskunftsmittel fallen liefs, um einen Konflikt mit festgewordenen Bestandteilen der Überlieferung zu vermeiden.

Den frappanten Ausdruck dieser Ratlosigkeit finden wir bei Livius, der sich im grofsen ganzen am treuesten der jüngeren Quelle anschlofs und der nur an einzelnen Stellen, wie wir sahen, die ältere durchblicken liefs. Livius bemerkt zur Erklärung der Katastrophe (III, 47):

> Appius . . . in tribunal escendit, et ultro querente pauca petitore quod ius sibi pridie per ambitionem dictum non esset, priusquam aut ille postulatum perageret aut Verginio respondendi daretur locus, Appius interfatur. quem decreto sermonem praetenderit, forsan aliquem verum auctores antiqui tradiderint; quia nusquam ullum in tanta foeditate decreti veri similem invenio, id, quod constat, nudum videtur proponendum, decresse vindicias secundum servitutem.

Also hier kehrt Livius zu der von ihm meist beiseite gesetzten älteren Überlieferung zurück, wonach Appius Unrecht in Verginius Gegenwart und zwar durch die auf Grund einer falschen Sachentscheidung erfolgte ungerechte Vindizienregulirung be-

gangen wurde. Dies setzt voraus, dafs das Verfahren in iure jetzt beginnt, also vorher nichts Entscheidendes geschehn ist, und diese Sachlage findet ihren Ausdruck in den Claudius in den Mund gelegten Worten: quod ius sibi pridie dictum non esset. Weifsenborn bemerkt ganz richtig, dafs nach diesen Worten zu schliefsen Appius erstes Dekret, wonach V. bis zur Ankunft ihres Vaters Claudius zugesprochen wird, durch sein zweites Dekret aufgehoben sein mufste. Bei der Besprechung jener beiden Dekrete haben wir gesehen, dafs aus Appius und Icilius Worten an jener Stelle dasselbe sich zur Evidenz ergiebt: wir können jetzt weiter gehn und sagen, dafs alles, was in jenem Bericht mit Verginius Abwesenheit zusammenhängt, also jenes ganze erste Dekret, sich als Interpolation der jüngeren Quelle charakterisiert.

Bei Dionysius [1]) wird dann die Katastrophe in anderer Form herbeigeführt, durch eine scheinbare Definitivsentenz des Beamten, der auf Grund angeblicher eigener Kenntnifs die von Claudius vorgetragene Darlegung, Verginia sei als Kind von Numitoria gestohlen worden, zu glauben sich den Anschein giebt und darauf hin das Mädchen seinem Klienten ausliefert. Wie schon bemerkt wurde, kann diese Darstellung nur auf einem Mifsverständnis unseres Autors beruhen.

Bei einer Definitivsentenz war nicht Appius der Richter, sondern ein iudex privatus [2]).

---

[1]) Dionys. XI, 36: *οὐδὲν ἄδικον ἀξιοῖ, τὴν ἐκ τῆς ἑαυτοῦ θεραπαίνης γεγονυῖαν ἀπάγειν βουλόμενος. εἰ μὲν οὖν ἀλλήλους ἔπεισαν αὐτοί, καλῶς ἂν εἶχεν· ἐπεὶ δ' εἰς ἀμφισβήτησιν ἦλθε τὸ πρᾶγμα, μαρτυρῶ τ' αὐτῷ ταῦτα καὶ κρίνω εἶναι τοῦτον τῆς παιδίσκης κύριον.* Damit entspricht Appius genau dem Begehren des Klienten, der zu Beginn der Verhandlung verlangt hatte: *τὸν Ἄππιον γενέσθαι δικαστὴν τοῦ πράγματος, μηδεμίαν ἀναβολὴν ποιησάμενον.*

[2]) Dionysius führt (IV, 25 cf. II, 14) die Trennung von ius und iudicium auf Servius zurück, Cicero (de re p. V, 2) auf den Beginn der Republik. (cf. Puchta J. I. p. 426a. Wach zu Keller p. 3 n. 6.) Die Trennung von ius und iudicium ist so alt wie das römische Prozefsrecht. In den XII Tafeln wird das Institut des iudex privatus nicht etwa neu eingeführt (wie Soltau, Kompetenz p. 39 f. 48 will), sondern es erscheint dort schon in voller Ausbildung. cf. Karlowa, Civilprozefs p. 47 f.

Dafs wir in der Republik die iudices decemviri als Freiheitsrichter finden, ist bekannt und die Vermutung Mommsens sehr einleuchtend (Staatsrecht II², 1 p. 592), „dafs die Motivierung des Sturzes der Dezemvirn legibus scribundis durch den Freiheitsprozefs der Verginia in der älteren

Hinzu kommt als entscheidendes Moment die Thatsache, dafs, wenn Verginius einem ihm ungünstigen Definitivurteil den Gehorsam versagte, er rechtlich nicht zur Auslieferung seiner Tochter, sondern nur zur Erlegung der Litisästimation im Exekutivprozefs angehalten werden konnte: es giebt eben keine Exekution in rem ipsam bei der Sakramentalklage [1]). Also es lag in Appius' Interesse, das Verfahren nicht in die Schlufssentenz auslaufen zu lassen, wo selbst ein siegreiches Urteil ihm nichts nützte. Er konnte seinen Zweck nur auf einer Station erreichen, die das Verfahren bis zu seinem Ende zurückzulegen hatte. Diese ist eben die Vindizienregulierung nach vorausgehender Entscheidung der Präiudizialfrage. Claudius verlangte auf Grund seiner Darstellung Anerkennung der Thatsache, dafs Verginias Freiheit als dolos zu betrachten sei, und demgemäfs Regulierung der Vindizien secundum servitutem. Appius, der, falls er den Prozefs als vindicatio in libertatem d. h. Verginias Freiheit als dolos ansieht, in der Erteilung der Vindizien freie Hand hat, giebt dem Antrag seines Klienten Folge.

Die Darstellung des Claudius ist voraussichtlich jungen Ursprungs; denn nach ihr ist zwar vom Standpunkt der Anklage der dolus malus der Numitoria zweifellos, allein nicht der des Verginius, um den es sich bei der Anklage zunächst handeln würde. Freilich hat dieser für die Handlungsweise der Frau einzustehn, allein gerade diese Verquickung mit den Principien des Noxalrechts [2]) macht, wie schon bemerkt, die vorliegende Erzählung für ihre Zwecke fast unbrauchbar. Allein für die Sache

Erzählung mit der darauf folgenden Erneuerung des Dezemviralgerichtshofs für Freiheitssachen in engerem Zusammenhang gestanden als dieser in den uns vorliegenden Berichten erscheint."

[1]) Man darf kein besonderes Gewicht darauf legen, dafs nur in diesem Stadium ein Urteil über den status des Mädchens überhaupt gesprochen werden kann: im Hauptprozefs würde nur ein Ausspruch über die Sakramente erfolgt sein. Dies kann eben nur subsidiär herangezogen werden, weil der Einwand selbstverständlich ist, dafs unsere Autoren oder ihre Quellen das Endurteil aus dem Formalen in das Sachliche übersetzt haben.

[2]) Eine leise Mahnung an diesen Konflikt bei Dionys. XI, 36: *εἴτε βουληθείη τὴν παιδίσκην ἀπάγειν εἴτε διαλύσασθαι πρὸς τοὺς τρέφοντας αὐτὴν χρήμασι.* Ich habe früher geglaubt annehmen zu sollen, dafs etwa ein Jurist diesen Bericht durchkorrigiert und damit habe sein Gewissen beschwichtigen wollen. Würde indessen diese Annahme nicht mehr aufrecht erhalten können.

ist das gleichgiltig. Offenbar waren in der älteren Überlieferung die Gründe, welche Claudius für seinen Antrag anführte, nicht mitgeteilt und wurden später schlecht hinzuerfunden: wir dürfen aber Appius zutrauen, da er seine Kreatur sagen lassen konnte, was er wollte, dafs er ihr eine Darstellung in den Mund legte, die, wenn er sich den Anschein gab, sie zu glauben, ihm das Verfahren rechtlich ermöglichte, welches er einschlug.

Was nun die spätere allmähliche Umwandlung des Vindizienparagraphen betrifft, so mögen gerade Fälle wie der Verginiaprozefs das Mifsliche des älteren Gesetzes gezeigt und so die Wege zu der späteren Übung geebnet haben. Ja es ist nicht unmöglich, dafs wir schon in den ältesten Berichten des Prozesses eine Art von umgekehrtem ätiologischem Mythus, eine Tendenzerfindung zu sehen haben, welche die Gefahren der bestehenden Ordnung und die Notwendigkeit der Korrektur grell beleuchtete.

Die späteren Berichte über unseren Prozefs hängen fast sämtlich von dem bei Livius ab und verschlechtern dessen Erzählung teils durch Mifsverständnisse, teils durch Verkürzungen, zu welchen sie durch die Ökonomie des Ganzen gezwungen waren[1]).

Schliefslich habe ich hier, wo ich die Verginiafrage verlasse, zu bemerken, dafs die bisherige Auffassung des Vindizienparagraphen der XII Tafeln zwar nie wissenschaftlich angegriffen worden ist, dafs aber doch Bekker[2]) in den Aktionen die Empfindung gehabt und ausgesprochen hat, es müfse in der bisherigen Auffassung der Sache etwas nicht in Ordnung sein.

7. Der Sturz des Decemvirats.

Es wäre eine wünschenswerte Aufgabe, die hier gewonnenen Resultate über das Verhältnis unserer Quellen der Decemviralzeit zu einer genauen Analyse der erhaltenen Autoren zu benutzen; allein die Lösung dieser Aufgabe liegt aufserhalb der Grenzen unseres Themas und könnte nur in einer Monographie über den De-

---

[1]) Valer. Max. VI, 1, 2. Sueton Tiber 2. Flor. I, 24. Eutrop. I, 18. Auctor de v. i. 21. Sch. in Juv. p. 331. Orosius II, 13. Zonaras VII, 18. cf. Schwegler c. III p. 52. Hildesheimer de libro de vir. ill.

[2]) Bekker, Aktionen I p. 210 n. 9: „Beiläufig: Sind stets vindiciae secundum libertatem gegeben? Oder galt hier in ältester Zeit die gewöhnliche Regel, allmählich brach die humane Ausnahme ein, und erst, nachdem der allgemeine Volkswille sich eklatant wider Appius Claudius erklärt hatte, fiel es keinem Magistrat mehr ein, auf das alte Recht sich zu versteifen?“

cemvirat gegeben werden. Nur die mit dem Tode der Verginia unmittelbar zusammenhängenden Vorgänge, welche zum Sturz der Zehnmänner geführt haben, will ich quellenkritisch behandeln, um dabei gleichzeitig die Probe zu machen, ob die hier gewonnene Formel die Anwendung auf unsere Quellen in weiterer Ausdehnung gestattet.

a. Diodor berichtet:[1])

αὐτὸς (sc. *ὁ πατήρ*) *ἐκ τῆς πόλεως ἐκπηδήσας ἀπῆλθε πρὸς τὸ στρατόπεδον τὸ ἐν τῷ Ἀλγίδῳ καλουμένῳ τότε ὑπάρχον. καταφυγὼν δ' ἐπὶ τὸ πλῆθος καὶ μετὰ δακρύων τὴν καθ' αὐτὸν συμφορὰν ἀπαγγείλας, ἅπαντας εἰς ἔλεον ἤγαγε καὶ πολλὴν συμπάθειαν. πάντων δ' ἐπιβοηθεῖν τοῖς ἠτυχηκόσιν ὁρμησάντων μετὰ τῶν ὅπλων νυκτὸς εἰς τὴν Ῥώμην εἰσέπεσον. οὗτοι μὲν οὖν κατελάβοντο λόφον τὸν ὀνομαζόμενον Ἀουεντῖνον. ἅμα δ' ἡμέρᾳ γνωσθείσης τῆς τῶν στρατιωτῶν μισοπονηρίας οἱ μὲν δέκα νομογράφοι βοηθοῦντες τῷ συνάρχοντι συνῆγον πολλοὺς τῶν νέων, ὡς διὰ τῶν ὅπλων κριθησόμενοι. μεγάλης ἐμπεσούσης φιλοτιμίας οἱ χαριέστατοι τῶν πολιτῶν, προσορώμενοι τὸ μέγεθος τοῦ κινδύνου διεπρεσβεύσαντο πρὸς ἀμφοτέρους περὶ συλλύσεως, καὶ μετὰ πολλῆς σπουδῆς ἐδέοντο λῆξαι τῆς στάσεως καὶ μὴ περιβαλεῖν τὴν πατρίδα μεγάλαις συμφοραῖς. τέλος δὲ πεισθέντων ἁπάντων ὁμολογίας ἔθεντο πρὸς ἀλλήλους, ὥστε δέκα αἱρεῖσθαι δημάρχους μεγίστας ἔχοντας ἐξουσίας τῶν κατὰ πόλιν ἀρχόντων καὶ τούτους ὑπάρχειν οἱονεὶ φύλακας τῆς τῶν πολιτῶν ἐλευθερίας, τῶν δὲ κατ' ἐνιαυτὸν γινομένων ὑπάτων τὸν μὲν ἕνα ἐκ τῶν πατρικίων αἱρεῖσθαι καὶ τὸν ἕνα πάντως ἀπὸ τοῦ πλήθους καθίστασθαι, ἐξουσίας οὔσης τῷ δήμῳ, καὶ ἀμφοτέρους τοὺς ὑπάτους ἐκ τοῦ πλήθους αἱρεῖσθαι.*

Sehen wir von der Gesetzgebung ab, welche das Versöhnungswerk krönte,[2]) so finden wir hier alle diejenigen Elemente, aus denen die spätere Erzählung herauswuchs. Die Thatsache, dafs

---

[1]) Diodor XII, 24 f.

[2]) Über diese verweise ich auf Mommsen, welcher bemerkt, dafs Diodor, der auf die Gesetzgebung von 366 weiterhin keine Rücksicht mehr nimmt, hier offenbar die gesamte Verfassungsentwicklung bis 366 auf das Jahr 448 zusammengedrängt hat. Dafs übrigens die Leges Duiliae (Livius III, 55) und die zweite und dritte Valeria Horatia Doubletten sind, liegt auf der Hand. Mit den Angaben der ersteren stimmt bis zu einem gewissen Grade Diodor überein.

hier, wie in allen solchen Fällen, die revolutionäre Erhebung von der Armee als der einzigen unabhängig gebliebenen Macht ausging, ist in dem Umstande verkörpert, dafs Verginius die Armee aufwiegelt. Wir erkennen hierin auch den Grund, weshalb die spätere Annalistik den Vater des Mädchens zum Unteroffizier gemacht hat, was er bei Cicero noch nicht ist: diese Kombination pafste jenen Autoren um so besser, als sie daraus einen schicklichen Vorwand entnehmen konnten, die Katastrophe in Abwesenheit des Vaters wenigstens sich vorbereiten zu lassen, welche Abwesenheit zu einer scheinbaren Motivierung des Ausganges sich benutzen liefs. Wir sehen, wie hier die Räder von verschiedenen Seiten her ineinandergreifen. Die Operationen der aufständischen Armee bei Diodor sind ebenso natürlich und zweckentsprechend wie diejenigen der in der Stadt zurückgebliebenen Mittelpartei: jene besetzen den Aventin und rüsten zur Schlacht, diese verhandeln mit der Decemviralpartei und der Armee gleichmäfsig und bahnen so die Versöhnung an. Die Namen der Gesandten scheint bereits eine relativ alte Überlieferung enthalten zu haben:[1]) Sp. Tarpeius, C. Julius, P. Sulpicius werden bei Livius[2]) als diejenigen genannt, die nach Senatsbeschlufs auf den Aventin geschickt werden, und auf dieselben Männer spielt Cicero[3]) an. Übrigens müfste nach diesem Bericht angenommen werden, dafs die Gesandten schon in das Lager kamen; wahrscheinlich war dies eine Verlegenheitswendung, weil man später die Gesandtschaft verdoppelte und anfangs noch nicht so

---

[1]) Wer die ältere römische Geschichte quellenkritisch behandelt, wird stets die Erfahrung machen, dafs hier mit einer inkommensurablen Gröfse zu rechnen ist: ich meine die Frage, ob Diodor, was er nicht giebt. schon in seiner Quelle nicht fand, oder ob er es wegstrich, weil es ihm für seinen Zweck, eine Übersicht zu geben, zu viel war: eine Frage natürlich. die sich immer nur von Fall zu Fall und immer nur annähernd erledigen läfst. Dies ist hauptsächlich der Grund für die Unsicherheit, über welche unsere Untersuchung der älteren römischen Geschichte nicht hinauskommt.

[2]) Livius, III, 50.

[3]) Cic. fr. Cornel. I, 24: Tum interposita fide per tres legatos, amplissimos viros, Romani armati reverterunt; in Aventino consederunt; inde armati in Capitolium venerunt; decem tribunos plebis per pontificem, quod magistratus nullus erat, creaverunt.

Hier scheint Ciceros Kommentator Asconius ausnahmsweise das Richtige getroffen zu haben, wenn er hinzufügt (Asconius p. 69 K): legati tres, quorum nomina non ponit, hi fuerunt: Sp. Tarpeius, C. Julius. P. Sulpicius, omnes consulares; pontifex maximus fuit M. Papirius.

A. M. Niese, observationes c. p. X ff.

weit war, auch die Bewegungen der Armee dementsprechend zu verdoppeln. Diese letztere Erweiterung finden wir dann aber schon bei Cicero.[1]) Die Quelle der Interpolation liegt aufserordentlich nahe und ist zum Überflufs da, wo sie zuerst auftritt, noch ausdrücklich angegeben: setzt sich doch die spätere Überlieferung des Decemvirats aus Reminiscenzen an den Sturz des Königtums und die Einführung des Tribunats zusammen. So war es denn natürlich, dafs die Valerier und Horatier bei dem Versöhnungswerk nicht fehlen durften, und es lag um so näher, sie in diese Dinge hineinzuziehen, weil sie durch das Konsulat des folgenden Jahres an und für sich schon als diejenigen erschienen, welche die endgültige Neuordnung der Dinge ins Leben riefen.[2]) Wenn das in einer älteren Quelle allgemein betont war, etwa wie uns eine solche noch heute bei Cicero vorliegt:[3])

> ne L. Valerium quidem Potitum arbitror non aliquid potuisse dicendo, qui post decemviralem invidiam plebem in patres incitatam legibus et contionibus suis mitigaverit,

so konnte die Interpolation der jüngeren Annalistik leicht Eingang finden. Es ist interessant zu sehen, mit welch' naiver Harmlosigkeit die Schriftsteller der Sullanischen Zeit hier die verschiedenen Überlieferungen zusammenstellten. Die Gesandtschaft der drei Konsulare war gut bezeugt und blieb deshalb stehn; da man aber Platz brauchte für Horatius und Valerius, so mufste man sie wieder von der Bühne abtreten lassen, und so wurde einfach fingiert, die Armee hätte sie abgewiesen und jene beiden als Unterhändler verlangt. Man erkennt den späten Ursprung dieser Verlegenheitswendung an der farblosen und widerspruchsvollen Darstellung bei Livius:[4]) der Senat erkennt die Gefahr der Lage nicht blofs, sondern auch das berechtigte Element in den Beschwerden der Aufständischen: nihil placet aspere agi: quippe ab ipsis datum locum seditioni esse. Demgemäfs wird die Friedensgesandtschaft abgeschickt, und offenbar werden Leute dazu gewählt, die selbst den Frieden wollen und dem Volke die nötigen Garantien dafür in ihrer Persönlichkeit bieten können. Allein diese Männer benehmen sich so hoch-

---

[1]) Cic. de re publ. II, 37: milites bellum illud, quod tum erat in manibus, reliquisse et primum montem sacrum, sicut erat in simili causa antea factum, deinde Aventinum armatos insedisse.

[2]) cf. Weissenborn zu Livius III, 39, 3.

[3]) Cicero Brutus XIV, 54 cf. de rep. II, 31, 54.

[4]) Liv. III, 50.

fahrend und so unklug, dafs ihre Mission notwendig scheitern mufste. Ganz natürlich, denn dieses Scheitern brauchte die jüngere Annalistik, um für Valerius und Horatius Platz zu schaffen. Bei Cicero sind es jene drei, welche die Sache in friedlichem Sinn beilegen. Dafs Valerius und Horatius ihre populäre Stellung eben der Gesetzgebung des Jahres 448 verdanken und also dem Volk zunächst kaum bekannt sein können, hat jene Autoren offenbar nicht gekümmert: es störte sie nicht, kommende Ereignisse ihre Schatten auf die Vergangenheit zurückwerfen zu lassen.[1]) Zu dieser Interpolation pafste dann die zweite, die secessio in montem sacrum, welche wir schon bei Cicero fanden, freilich hier vor der Besetzung des Aventin, während sie bei Livius derselben und der mifsglückten Gesandtschaft der drei Konsulare nachfolgt. Es liegt eben im Wesen solcher Doubletten und Interpolationen, dafs sie eine Weile gewissermafsen zeitlos umherirren, ehe sie sich entschliefsen, irgendwo sefshaft zu werden. Bis das geschehen ist, haben die Autoren in ihrer Placierung noch freie Hand: die Quelle Ciceros ging vielleicht von der Erwägung aus, dafs nach der Besetzung des Aventin die Occupation des mons sacer militärisch völlig verkehrt ist, während in der umgekehrten Reihenfolge eine wohlberechnete taktische Steigerung gesehen werden kann. Bei Livius, der sich diese Skrupel wie gewöhnlich nicht gemacht hat, finden wir dann einen sehr zweckmäfsig verwandten Parallelismus der Ereignisse und der Darstellung. Die drei Konsulare werden nach dem Aventin geschickt und von den Aufständischen abgelehnt, die vielmehr nur mit Valerius und Horatius unterhandeln wollen. Die Armee vereinigt sich mit dem sabinischen Korps, und nun erfolgt die secessio in montem sacrum, bei der Valerius und Horatius dieselbe Rolle spielen wie der Volksfreund Menenius Agrippa bei ihrem Vorbild.

Dieser Vereinigung mit der sabinischen Armee haben wir endlich noch zu gedenken. Die älteste Überlieferung weifs von der Existenz derselben ebensowenig, wie von dem Verbrechen, welches sie gegen Rom in Bewegung setzte: es war das die Ermordung des Siccius.[2]) Trotzdem liefs man es sich natürlich nicht entgehen,

[1]) Man braucht nicht anzunehmen, dafs etwa aus dieser Erwägung heraus die demokratischen Reden beider in der Senatsdebatte bei Livius III, 39 ff. eingefügt sind. Die Hervorhebung jener Männer lag von vornherein in dem Plan des Annalisten, auf den diese Partieen zurückgehen.

[2]) Livius III, 43. Dion. XI, 25 ff. cf. Liv. III, 51. Mommsen, Forschungen I, p. 110. Niese observationes l. c.

auch hier an Verginia anzuknüpfen: Icilius und Numitorius waren die Mittelglieder, welche die Kunde in das Lager brachten und damit die Explosion hervorriefen. Aber während bei Livius die Vereinigung auf dem Aventin nach Abweisung der konsularischen Gesandtschaft und vor der secessio in montem sacrum stattfand, steht bei Dionysius diese Vereinigung, welche an demselben Ort erfolgt, an der Spitze der Ereignisse, und wir haben, da hier eine gröſsere Lücke bei diesem Autor vorliegt, die Wahl, ob wir annehmen sollen, daſs er in dem Folgenden nach seiner besseren Quelle nur eine Gesandtschaft erzählte und die secessio überging, oder daſs er nur eine Umstellung der bei Livius vorhandenen Elemente vornahm.

In diesem Zusammenhang darf das Urteil nicht übergangen werden, zu welchem Nitzsch in seiner Quellenanalyse bei diesem Abschnitt gelangt ist. Sein Endresultat, daſs Livius und Dionysius in dem Prozeſsbericht nur eine und dieselbe Quelle benutzt haben, und daſs diese Berichte in sich selbst keine und mit einander verglichen nur eine geringfügige, aus Miſsverständnis zu erklärende Divergenz zeigen, kann auf Grund der vorliegenden Untersuchung wol als ein hervorragender Miſsgriff bezeichnet werden; prüfen wir kurz die Motivierung desselben. Nitzsch bemerkt[1]): „Von den Senatsdebatten des dritten Jahres Livius III, 39ff und Dion. XI, 4ff hat schon Niebuhr bemerkt, daſs sie „demselben Annalisten“ nacherzählt sind . . . die kriegsgeschichtlichen Data Liv. a. O. 41 f. und Dion. a. O. 23 entsprechen sich ebenfalls. Und über die folgende Geschichte des Siccius und der Verginia dürften wir ebenso kurz hinweggehen, wäre nicht die scheinbar verschiedene Darstellung des „frühesten im Detail beschriebenen Civilprozesses“ so häufig der Gegenstand juristischer und historischer Untersuchungen gewesen . . . . Man hat in der Darstellung des Livius beim Anfang des Prozesses die Abwesenheit eines vindex als eine besondere Schwierigkeit aufgefaſst, die bei Dionys, wo Icilius und Numitorius von Anfang an gegenwärtig sind, wegfällt. Die einfachste Erklärung ist unzweifelhaft die, daſs Livius nur durch eine Leichtfertigkeit in der Erzählung, ohne an die Erfordernisse des Legisactionenprozesses zu denken, Oheim und Bräutigam seiner Heldin, die in seiner Quelle wie bei Dionysius rechtzeitig da waren, nachkommen lieſs. Daſs diese Er-

[1]) Nitzsch, Annalistik p. 143.

klärung aber auch die berechtigte ist, ergiebt eine genauere Betrachtung jener Senatsdebatte ganz unzweifelhaft.

Hier hatten beide Erzähler dieselbe Darstellung vor sich, der sie beide folgten."

Allein diese Erklärung ist trotz ihrer Einfachheit, wenn anders die hier gewonnnenen Resultate zutreffen, irrthümlich.

Davon abgesehen trifft auch die ganze Frage nicht die wirklichen Differenzen des Berichts.

Bedenklicher aber als diese Unterlassung, welche nur zeigt, dafs Nitzsch die Berichte nicht genau untersucht hat, ist die von ihm gegebene Rechtfertigung seiner Methode. Denn wenn Livius und Dionysius in dem Bericht über eine Senatsverhandlung übereinstimmen (Livius III, 39—41 = Dionys. XI, 4—22) und demnach hier voraussichtlich auf dieselbe Quelle zurückzuführen sein werden, so liegt darin doch ganz gewifs keine Garantie dafür, dafs dieselben Autoren in dem Verginiaprozefs übereinstimmen müssen, zu welchem jene Senatssitzung in keiner direkten Beziehung steht. Und wenn Livius nicht an die Erfordernisse des Legisactionsprozesses gedacht haben soll, als er den Prozefs ohne Vertreter der Verginia beginnen liefs, so ist bekannt, dafs in dem römischen Prozefs aller Perioden die Anwesenheit beider Parteien resp. ihrer Vertreter nötig war. Da nun aber Verginia als Prozefsobjekt nicht Prozefspartei sein kann, so kann allerdings der Prozefs ohne Anwesenheit ihres legitimen Vertreters, des Vaters nämlich, nicht beginnen. Aber das hat mit den „Erfordernissen des Legisactionsprozesses" lediglich nichts zu thun: es wäre im Formularverfahren ganz ebenso gewesen.

Nitzsch behandelt dann die Senatsdebatte, auf die ich hier nicht näher eingehen will, und schliefst seine Ausführungen mit den Worten: „Man sieht, es war ein breit angelegtes und ausgeführtes Gemälde einer leidenschaftlichen Debatte, bei dessen Kopierung oder Nachbildung bald der eine bald der andere dieser Autoren ausliefs und umstellte, wie es ihm am besten schien. Und nicht anders haben sie es mit der Geschichte des Siccius gemacht . . . nicht anders mit dem Prozefs der Verginia und dem daran sich knüpfenden Drama bis zum Sturz der Gewaltherrschaft.

Es verlohnt sich wirklich nicht, hier weiter ins Detail zu gehen."

8. Übersicht der bisherigen Resultate.

Die Schwierigkeit in unsrer den Prozeſs um Verginia betreffenden Überlieferung liegt in der Thatsache, daſs gerade die alte und gute Tradition Appius die Vindizien secundum servitutem erteilen lieſs, während unsere juristische Theorie den Satz aufstellt, daſs im Freiheitsprozeſs stets vindiciae secundum libertatem zu geben sein.

Eine genaue Untersuchung hat ergeben, daſs in Wirklichkeit die XII Tafeln bei der Vindizienregulierung im Freiheitsprozeſs zwischen vindicatio in libertatem und in servitutem unterschieden. Bei der ersteren, d. h. falls das Streitobjekt sich bisher in der Sklaverei oder nur doloser Weise in Freiheit befand, überlieſsen sie die Vindizienerteilung dem Ermessen des Gemeindebeamten. Dagegen bei der vindicatio in servitutem, d. h. wenn das Streitobjekt bisher frei oder nur durch augenscheinlichen Dolus, z. B. durch eben geschehenen Raub in die Gewalt seines augenblicklichen Herrn gebracht war, so verlangten die XII Tafeln bei der Vindizienerteilung Erhaltung resp. Wiederherstellung der Freiheit, also vindiciae secundum libertatem.

Hiegegen sachlich gefehlt zu haben ist das Unrecht des Decemvir in der alten Tradition gewesen: er hatte kraft magistratischer Kognition die Vorfrage zu entscheiden, ob vindicatio in libertatem oder in servitutem vorliege, d. h. ob Verginius faktisch (nicht rechtlich) sich im Moment der Klaganstellung im Besitz der väterlichen Gewalt über Verginia und zwar bona fide befunden habe. Dieses letztere verneinte Appius; er erklärte demnach den Prozeſs für eine vindicatio in libertatem und hatte nun das volle Recht, vindiciae secundum servitutem zu geben. Die Schädlichkeit dieses Vindizienrechts zu demonstrieren, war voraussichtlich die Veranlassung entweder für die Erfindung oder doch für die Ausgestaltung der Verginialegende bis in die Zeit der mittleren Annalistik.

Die älteste Überlieferung knüpfte den Sturz des Decemvirats an eine militärische Revolte, die in einer Quelle durch den Tod des Siccius motiviert war: Ausschreitungen der Regierenden in der Stadt, wie bei dem Fall der Verginia, mochten zur Verschärfung der Miſsstimmung hinzukommen. Später brachte man diese Momente in einen äuſseren Zusammenhang, indem man den Vater des Mädchens zum Unteroffizier machte; ein Angriff auf sie schien durch die dann notwendige Abwesenheit des Vaters erleichtert zu werden. Diese Abwesenheit benutzte man denn auch zur an-

geblich juristischen Motivierung der gegen Verginia gerichteten Schlufssentenz um so lieber, als man die richtige wegen der inzwischen eingetretenen Veränderung des geltenden Prozefsrechts nicht mehr verstand.

Das Formularverfahren kennt keine Vindizien und erst recht nicht die Willkür der Vindizienerteilung. Der Grundsatz der Erhaltung des status praesens pendente lite war hier durchgedrungen, nachdem gleichzeitig eine richterliche Würdigung dieses status ermöglicht war. So enthielt der Vindizienparagraph der XII Tafeln, der in der ersten Periode eine der im römischen Recht so häufigen Ausnahmsbestimmungen zu Gunsten der Freiheit war, in der zweiten Periode etwas Selbstverständliches. Ob nun Umgehungen dieses Paragraphen, wie in dem etwaigen Fall der Verginia, mitwirkten, läfst sich nicht ausmachen, thatsächlich wurde im Lauf der mittleren, vielleicht erst der späteren Republik dieser Satz auf jede Freiheitsklage ausgedehnt, und die durchgängige Freilassung des litigans in der causa liberalis erst Übung, dann Princip, beides offenbar auf Grund des prätorischen Ediktum. Neben dem favor libertatis, wie er dieser auf ihre bürgerliche Freiheit stolzen Nation so wohl anstand, mochte auch die Beobachtung dahin führen, dafs der bisherige Herr, in der vollen Ausbeutung des im Prozefs begriffenen Sklaven ohnedies gehindert und mit dem möglichen Verlust desselben bedroht, gerade die letzten Tage seiner Macht in einer Weise anwandte, die dem Humanitätsbegriff selbst der alten Völker widerstrebte. Diese Erwägung wird es auch gewesen sein, welche, wenn auch unausgesprochen, die Modernen verleitete, die Freilassung des Streitobjekts auch bei der vindicatio in libertatem ohne weiteres als selbstverständlich vorauszusetzen, um so mehr, da diese häufiger, als man anzunehmen geneigt sein würde, mit der in servitutem verwechselt wurde [1]).

Die jüngere Annalistik, welche von dem Princip der durchgängigen Freilassung des Streitobjekts während des Prozesses bereits

---

[1]) z. B. Schwegler (R. G. III, p. 54) sagt von dem angeblichen Gesetz der interimistischen Freilassung des litigans: „Es mufs im Altertum überall gegolten haben, wo Sklaverei bestand. Denn ein Weib, das in den Stand einer Sklavin auch nur vorübergehend trat, war durch nichts gegen entehrende Mifshandlung gesichert, mochte immerhin der Prozefs am Ende zu ihren Gunsten entschieden, durch Richterspruch ihr die Freiheit wiedergegeben werden: was sie in der Zwischenzeit als Magd erduldet, konnte kein Richter ungeschehen machen.“

ausging, war demnach nicht in der Lage, die zumal kurze Darstellung der älteren Berichte zu verstehn. Sie konstruierte eine andere Motivierung, welche, auf dem Gegensatz von Gewaltfreiheit und Gewaltunterworfenheit beruhend, die Abwesenheit des Vaters als des allein berechtigten Kontravindikanten zur Voraussetzung hatte, obwohl diese Abwesenheit juristisch den Prozefs unmöglich macht.

Appius erklärte nach ihr: Der allein berechtigte Kontravindikant sei Verginius, folglich sei derselbe herbeizuschaffen, inzwischen aber das Mädchen dem Klienten auszuliefern. Der Widersinn dieser Entscheidung liegt auf der Hand. Aus dem vollkommen zutreffenden Vordersatz hätte vielmehr der Schlufs gezogen werden müssen, dafs der Prozefs in Abwesenheit des bisherigen Vaters nicht begonnen, also auch noch keine Amtshandlung in demselben vorgenommen, vielmehr der bisherige Zustand lediglich aufrecht erhalten werden dürfe.

Davon abgesehn versagte diese Verlegenheitswendung bei der Schlufskatastrophe gegenüber der einmal feststehenden Überlieferung von Verginias Tode und damit an der entscheidenden Stelle. Diese Sullanische Annalistik findet sich kontaminirt mit unverstandenen Resten der besseren Tradition bei Livius und Dionysius, und zwar bei beiden in z. Th. verschiedenartiger Mischung; die ältere bei Diodor sowie teilweise bei Pomponius und Cicero.

III.

Der Freiheitsprozeſs in Athen.

Die causa liberalis zerfällt auch im attischen Recht, wie das in der Natur der Sache liegt, in eine vindicatio in servitutem und eine vindicatio in libertatem.

Über beide besitzen wir hinreichendes Material bei Plato, den Rednern und den Lexicographen: es erscheint, da die Natur dieses Materials von den Neueren vielfach verkannt ist [1]), am geratensten, die einzelnen Fälle zunächst der Reihe nach durchzugehn.

1. Vindicatio in servitutem.

Das allgemeine Schema zu diesem Verfahren giebt Plato in den Gesetzen: wir dürfen annehmen, daſs seine Darstellung zu der Solonischen und nachsolonischen Kodifikation des attischen Landrechts in ungefähr demselben Verhältnis steht, wie die fingierten Gesetze Ciceros in de legibus zu denen der XII Tafeln.

> *Ἀγέτω τὸν ἑαυτοῦ δοῦλον ὁ βουλόμενος, ἐὰν ἔμφρων ᾖ, χρησόμενος ὅτι ἂν ἐθέλῃ τῶν ὁπόσα ὅσια· ἀγέτω δὲ καὶ ὑπὲρ ἄλλου τῶν οἰκείων ἢ φίλων τὸν ἀφεστῶτα ἐπὶ σωτηρίᾳ· ἐὰν δέ τις ἀφαιρῆταί τινα εἰς ἐλευθερίαν ὡς δοῦλον ἀγόμενον, μεθιέτω μὲν ὁ ἄγων, ὁ δὲ ἀφαιρούμενος, ἐγγυητὰς τρεῖς ἀξιόχρεως καταστήσας, οὕτως ἀφαιρείσθω κατὰ ταῦτα, ἄλλως δὲ μή, ἐὰν δὲ παρὰ ταῦτά τις ἀφαιρῆται, τῶν βιαίων ἔνοχος ἔστω καὶ ἁλοὺς τὴν διπλασίαν τοῦ ἐπιγραφέντος βλάβους τῷ ἀφαιρεθέντι τινέτω.* [2])

Der Ausdruck ist allgemein gefaſst; daſs aber in erster Linie an vindicatio in servitutem d. h. der litigans zunächst als frei ge-

---

[1]) Als das Resultat einer Häufung von Miſsverständnissen muſs es bezeichnet werden, wenn bei Meier-Schoemann, Attischer Prozeſs p. 663 [2] die vindicatio in libertatem ganz gestrichen (cf. p. 623 [2]), und der in servitutem der Charakter als quaestio status abgesprochen wird. Diese Darstellung liegt fast allen modernen zu Grunde. So bemerkt Leist, Graeco-italische Rechtsgeschichte p. 45: „Im übrigen aber fehlen über die vindicatio in libertatem . . . alle Nachrichten," unter Berufung auf Meier-Schoemann p. 400 [1]. Ebenso Zitelmann, Recht von Gortyn p. 80 ff. Das Nähere darüber in dem folgenden Abschnitt dieses Kapitels.

[2]) Plato de legibus XI p. 914 E.

dacht ist, zeigt der Ausdruck *ὡς δοῦλον ἀγόμενον*: wenn jemand das Streitobjekt in libertatem vindiziert, welches oder während es in die Sklaverei abgeführt wird.

Die hier gegebnen Bestimmungen Platos werden im wesentlichen durch die anderweitig erhaltnen Angaben über die attische Freiheitsklage bestätigt und damit der Beweis geliefert, dafs seine Vorschläge sich im wesentlichen, wie zu erwarten war, an das in seiner Heimat geltende Recht anschlossen.

Der technische Name[1]) dieser Klage war: *δίκη ἐξαιρέσεως*, von der Kontravindikation des assertor in libertatem, *ἐξαίρεσις* oder *ἀφαίρεσις*, so genannt. Dem entsprechend hiefs der Akt selbst *ἐξαιρεῖσθαι* oder *ἀφαιρεῖσθαι*[2]). So erklärt eine bei Suidas und Harpocration gleichlautende Notiz.[3])

> *ἐξαιρέσεως δίκη. ὁπότε τις ἄγοι τινὰ ὡς δοῦλον, ἔπειτά τις αὐτὸν ὡς ἐλεύθερον ἐξαιροῖτο, ἐξῆν τῷ ἀντιποιουμένῳ τοῦ ἀνθρώπου ὡς δούλου λαγχάνειν ἐξαιρέσεως δίκην τῷ εἰς ἐλευθερίαν αὐτὸν ἐξαιρουμένῳ.*

Die bei Harpocration befindliche Beischrift: *Ἰσαῖος ἐν τῇ ὑπὲρ Εὐμάθους εἰς ἐλευθερίαν ἀφαιρέσει* zeigt, dafs seine Notiz Scholien zu Isaeus entlehnt ist. Den Klagantrag in derselben Rede für Eumathes hat der Lexicograph an einer anderen Stelle erhalten.

1. Diese von Isaeus als *ἀφαίρεσις εἰς ἐλευθερίαν* gehaltene Rede giebt in den beiden von Harpocration und Dionysius erhaltenen Fragmenten das formulare Beispiel der attischen Libertätsklage in servitutem. Xenocles, der Sprecher der Rede, ist dem Metöken Eumathes aus früheren Vorgängen her zu Dank verpflichtet und giebt dieser Dankbarkeit Ausdruck, indem er als vindex für ihn gegen einen Dionysos eintrat, der ihn als seinen Sklaven vindizieren wollte:

> *ἄγοντος αὐτὸν Διονύσου ἐξειλόμην εἰς ἐλευθερίαν, εἰδὼς ἀφειμένον ἐν τῷ δικαστηρίῳ ὑπὸ Ἐπιγένους.*[4])

In der hieraus sich ergebenden Klage war der Sprecher Beklagter, Dionysos Kläger; sein Klagantrag lautete nach Harpocration:

---

[1]) Die Details der Nomenklatur bei Thalheim, Griechische Rechtsaltertümer p. 25 ff.

[2]) Suidas sub *ἐξαιρέσεως δίκη* p. 374 B.

[3]) Harpocration sub *ἐξαιρέσεως δίκη* p. 74.

[4]) Dionys. Hal. V p. 597 R. = Isaeus frgm. XII p. 157 Sch.

Ἔβλαψέ με Ξενοκλῆς, ἀφελόμενος Εὐμάθην εἰς ἐλευθερίαν, ἄγοντος ἐμοῦ εἰς δουλείαν κατὰ τὸ ἐμὸν μέρος. [1])

Vor dem Irrtum, hienach die Freiheitsklage als *δίκη βλάβης* zu konstruieren[2]), wird bewahrt bleiben, wer sich erinnert, dafs die letztere überhaupt keine konsequente rechtliche Struktur hat, sondern als allgemeine Schadensersatzklage überall da eintritt, wo nach der Natur des vorliegenden Falles kein anderes rechtliches Hilfsmittel gegeben war[3]): eben dadurch ist sie selbstverständlich hier ausgeschlossen. Dafs Eumathes als Freigelassener nur die rechtliche Stellung eines Metoeken hatte, also vor Gericht nicht selbst auftreten konnte, würde auch an sich im Wesen des attischen Staats- und Prozefsrechts liegen; allein es ist nicht in unserem Falle der Grund für die Notwendigkeit des Vindex. Wäre er das, so müfste sein ständiger Prostates eintreten: man sieht aber aus der Beschreibung des Falles in dem erhaltenen Exordium der Rede, dafs der Sprecher dieses nicht ist.

Vielmehr ist das Auftreten des Vindex als assertor libertatis eine durchgängige Notwendigkeit des attischen Rechts und offenbar hier ebenso zu erklären wie in Rom, wo dieselbe Erscheinung vorliegt.

2. Nach mancher Richtung hin verwickelt und nicht mehr ganz aufzuklären ist der Fall, welcher in der Rede von Demosthenes gegen Neaera vorliegt. Umsomehr als hier, wie auch bei anderen attisch-rechtlichen Untersuchungen, die Thatsache sich ganz besonders aufdrängt, dafs wir es immer nur mit den einseitigen Plaidoyers einer Prozefspartei zu thun haben, von denen wir alles eher als eine unparteiische Darlegung der Thatfrage erwarten dürfen. So viel aber zeigt der Zusammenhang, dafs die Beklagte Neaera zuletzt in einer bis dahin rechtsgültig gehaltenen Ehe mit einem attischen Bürger, Stephanus, gelebt hat, als Phrynio, der ältere Ansprüche an sie zu haben glaubt, in das Haus eindringt und sie als seine Sklavin

---

[1]) Harpocration s. *ἄγει* p. 2 B.

[2]) So Lipsius — unter diesem Namen soll die zweite Auflage des p. 70 Anmerkung 1 genannten Handbuchs zitiert werden — p. 623 f.

[3]) Platner, Prozefs und Klagen II p. 369 f.: „Es wäre daher ein Mifsgriff, überall da eine *δίκη βλάβης* anzunehmen, wo von *βλάπτειν* und *βλάβη* die Rede ist, wie z. B. bei Demosthenes für Phormio (590, 21): *ἔβλαψέ με ὁ δεῖνα οὐκ ἀποδιδοὺς ἐμοὶ τὸ ἀργύριον.*“ Mit ganz demselben Recht wie bei der causa liberalis könnte man auch hier eine Schadensersatzklage annehmen. Man ermifst hiernach leicht, welcher Wert der Stellensammlung bei Lipsius n. 375 zukommt.

reklamiert [1]). Hier finden wir also eine Abart der eigentlichen vindicatio in servitutem, den Konflikt zwischen der dominica potestas und der über die uxor in manu. Stephanus nahm die vindicatio in libertatem vor und stellte sich und zwei Freunde vor dem ἄρχων πολέμαρχος als ἐγγυηταί: es ist das vadimonium iudicio sisti des römischen Rechts. Dieser Vorgang ist an sich verständlich; was allein befremden könnte, daſs nämlich der Kläger in das Haus des Dionysos eindringt, um seinen Anspruch geltend zu machen, findet seine Erklärung in dem Spielraum, den das attische Recht dem zukünftigen Kläger bei der in ius vocatio überhaupt gelassen hat: man darf hienach, anders als im römischen Recht, das Haus eines anderen zum Zweck der Citation betreten [2]). In unserem Fall war D. als Ehemann des Streitobjekts der gegebene Kontravindikant und Beklagte: das Auftreten des Phrynio fällt also durchaus in den Rahmen dieser prozessualischen Vorschrift, und weitergehende Folgerungen daraus sind notwendig unzulässig [3]). Es wird nun die Klage von Phrynio eingeleitet, indessen durch ein von den Freunden beider Parteien vermitteltes Schiedsgericht alsbald sistiert:

> *Λαχόντος τοίνυν αὐτῷ τοῦ Φρυνίωνος δίκην, ὅτι αὐτοῦ ἀφείλετο Νέαιραν ταυτηνὶ εἰς ἐλευθερίαν καὶ ὅτι ἃ ἐξῆλθεν*

---

[1]) Demosthenes gegen Neaera (59) § 40 ff. p. 1358—1360.

[2]) Platner c. I p. 115.

[3]) Wie sie bei Lipsius c. p. 658 gezogen werden: „Jeder attische Bürger und Schutzgenosse war berechtigt, den Sklaven, an dem er ein Eigentumsrecht hatte, wenn er sich seinem Besitze entzog, nicht allein auf offener Straſse oder auf dem Markte zu ergreifen und in sein Besitztum zu führen, sondern auch, wenn er sich in einem fremden Hause befand, aus demselben herauszuholen.“ Diese Darstellung wird auf Demosthenes Rede gegen Neaera gestützt. Allein ist das Haus des Stephanus für Neaera, die mit ihm gesetzlich seit Jahren verheiratet ist, ein „fremdes Haus?“ Die Klage kann doch nach der Natur der Sachlage nur gerichtet sein gegen den Ehemann auf Herausgabe seiner Frau, woraus sich nach attischem Prozeſsrecht das Betreten von Stephanus Haus von selbst erklärt. Und was soll der Zusatz „wenn er sich seinem Besitze entzog?“ Daſs, wenn sich der Sklave seinem Eigenthümer nicht entzog, kein Grund zu einem gerichtlichen Verfahren vorliegt, kann dieser Zusatz kaum bedeuten. Es müſste also angenommen werden, daſs an den servus fugitivus gedacht werden soll, dem gegenüber der Herr den animus possidendi noch nicht verloren hat. cf. L. 7. L. 10—12 D. 40, 12. Allein über diese Frage, ob dem fugitivus gegenüber der dominus das onus probandi von sich abwälzen durfte — das war das praktisch Wichtigste —, fehlt es für Athen an jedem Material.

ἔχουσα παρ' αὐτοῦ αὔτη ὑπεδέξατο, συνῆγον αὐτοὺς οἱ ἐπιτήδειοι καὶ ἔπεισαν δίαιταν ἐπιτρέψαι αὐτοῖς.

Danach will Phrynio gegen Stephanus klagen und zwar auf Auslieferung der Neaera sowie der Vermögensobjekte, welche sie ihm entwendet und ihrem jetzigen Mann zugebracht haben soll. In welcher Form die Klage intendiert war, erhellt aus unserer Stelle nicht; dafs sie nicht die *δίκη βλάβης* sein konnte[1]), ist, ganz abgesehen von der oben angedeuteten problematischen Natur dieser Klage, schon deshalb selbstverständlich, weil eine Schadensersatzklage der Natur der Sache nach eben nur zur Entschädigung des Klägers führen konnte, mit der ihm hier natürlich nicht gedient war: er wollte nicht eine Geldentschädigung für Neaera, sondern diese selbst haben, mufste also notwendig die Vindikation wählen, die wenigstens primär auf Restitution resp. Exhibition ging[2]). Wahrscheinlich hatte er noch keinen bestimmten Klagantrag gestellt, sondern in der Eingabe an den Beamten zunächst seine Ansprüche klargelegt: das Ganze sollte wol nur eine Drohung an Stephanus Adresse sein. Ohnehin kann das Verfahren nicht weit gediehen sein, weil sonst wol nicht ohne weiteres die Einsetzung eines privaten Schiedsgerichts möglich gewesen wäre.

3. Eine Freiheitsklage, die eine Zeit lang in eine Besitzklage aus- und schliefslich im Sande verläuft, schildert Lysias in seiner Rede gegen Pancleon[3]). Das Bürgerrecht des letzteren ist Gegenstand eines Inzidentstreits, von dem aber kein civilistischer Rechtsanspruch, sondern eine civil-prozessualische Formalfrage abhing. Es werden eine Reihe von Vorgängen geschildert, aus denen sich ergeben soll, dafs der Held derselben nicht attischer Bürger ist. Diese Vorgänge würden, wenn der Bericht wahr wäre, mehr beweisen, nämlich, dafs Pancleon Sklave ist: allein die Darstellung ist so widerspruchsvoll und verworren, ja stellenweise, man mufs sagen,

---

[1]) Wie Lipsius c. p. 623 f. will.

[2]) Dahin führt noch folgende Erwägung: Wenn Neaera gerichtlich zur Fremden erklärt wurde, was implicite in ihrer Verurteilung zur Sklaverei lag, so verfiel sie damit dem Staat, für dessen Rechnung sie alsdann nach dem bekannten Satz des attischen Kriminalrechts zu verkaufen war. Damit geriet also Phrynio mit seinen Ansprüchen in einen Konflikt mit der Staatsgewalt, den er, wie auch die Entscheidung nach attischem Recht zu fällen war, sich und seiner Hetaere sicherlich ersparen wollte.

[3]) Lysias 23 § 9—12.

absurd, dafs ich es für unvermeidlich halte, die ganze Rede daraufhin Lysias abzusprechen:

> ... *ἰδὼν ἀγόμενον τουτονὶ Παγκλέωνα ὑπὸ Νικομήδους, ὃς ἐμαρτύρησεν αὐτοῦ δεσπότης εἶναι, προςῆλθον βουλόμενος εἰδέναι, ὁποῖόν τι περὶ αὐτοῦ πραχθήσοιτο. τότε μὲν οὖν ἐπειδὴ ἐπαύσαντο μαχόμενοι, εἶπόν τινες τῶν τούτῳ παρόντων ὅτι εἴη αὐτῷ ἀδελφός, ὃς ἐξαιρήσοιτο αὐτὸν εἰς ἐλευθερίαν. ἐπὶ τούτοις ἐγγυησάμενοι παρέξειν εἰς ἀγορὰν ᾤχοντο ἀπιόντες. τῇ δ' ὑστεραίᾳ τῆς τε ἀντιγραφῆς ἕνεκα ταυτησὶ καὶ αὐτῆς δίκης ἔδοξέ μοι χρῆναι μάρτυρας λαβόντι παραγενέσθαι ἵν' εἰδείην τόντ' ἐξαιρησόμενον αὐτὸν καὶ ὅτι λέγων ἀφαιρήσοιτο. ἐφ' οἷς μὲν οὖν ἐξηγγυήθη, οὔτε ἀδελφὸς οὔτε ἄλλος οὐδεὶς ἦλθε, γυνὴ δὲ φάσκουσα αὐτῆς αὐτὸν εἶναι δοῦλον, ἀμφισβητοῦσα τῷ Νικομήδει καὶ οὐκ ἔφη ἐᾶσαι αὐτὸν ἄγειν. ὅσα μὲν οὖν αὐτόθι ἐρρήθη, πολὺς ἂν εἴη μοι λόγος διηγεῖσθαι· εἰς τοῦτο δὲ βιαιότητος ἦλθον οἵ τε παρόντες τούτῳ καὶ αὐτὸς οὗτος, ἐθέλοντος μὲν τοῦ Νικομήδους, ἐθελούσης δὲ τῆς γυναικὸς ἀφιέναι, εἴ τις ἢ εἰς ἐλευθερίαν τοῦτον ἐξαιροῖτο ἢ ἄγοι φάσκων ἑαυτοῦ δοῦλον εἶναι, τούτων οὐδὲν ποιήσαντες ἀφελόμενοι ᾤχοντο.*

Der Redner verspricht zwar in dem Folgenden Zeugen für diese Vorgänge, allein dieselben werden dadurch nicht verständlicher. Er erklärt, an dem Tage nach der versuchten Handanlegung wegen seiner Haupt- und zugleich wegen der Inzidentklage mit Zeugen erschienen zu sein, um über die rechtliche Persönlichkeit Pancleons Details zu hören. Prüfen wir diese Momente einzeln! Was in Sachen der Vindikation bisher vor sich ging, war aufsergerichtlich und unsolenn: wir erwarten also die offizielle Einleitung der Klage in iure vor dem Beamten. Hierzu ist nichts weiter nötig, als dafs sich der Kontravindikant als Beklagter stellt und dafs der Termin zum Verfahren in iudicio festgesetzt wird. Die materielle Diskussion der Rechtsfrage ist selbstverständlich dabei ausgeschlossen: wie kann also der Sprecher hinkommen *ἵν' εἰδείην ὅτι λέγων ἀφαιρήσοιτο*? Und wenn man den Zusammenhang dieses Verfahrens mit der jetzt verhandelten Inzidentklage verstehn könnte, welche Verbindung besteht zwischen der Vindikation und der Hauptklage, welche auf damnum iniuria datum geht? Etwa dafs der Sprecher nunmehr nicht gegen Pancleon, sondern nach den Grundsätzen der Noxalklage gegen dessen etwaigen Herrn klagen müfste? Gegen diese Konsequenz wäre nichts einzuwenden

aber sie wird nicht blofs nirgends angedeutet, sondern sie widerspricht offenbar auch dem Plan des Klägers, der jenen als Metöken bei dem *ἄρχων πολέμαρχος* belangt hat. Offenbar hat sich der Verfasser unserer Rede die Tragweite seiner verworrenen Schilderung ebensowenig klar gemacht, wie den Unterschied des Verfahrens in iure von dem in iudicio. Die schwersten Bedenken aber erweckt das Folgende. Der versprochene und verbürgte Kontravindikant erscheint nicht, und nun kann Nikomedes zweifellos die Zusprechung des Pancleon in iure verlangen resp. an den Bürgen Regrefs nehmen. Keines von beiden geschieht: es tritt eine Frau mit Eigentumsansprüchen auf und bestreitet dem Herrn das Recht zur ductio. Man sollte meinen, da dieser rechtskräftig Herr des Pancleon geworden ist, so müfste sie den gewöhnlichen Eigentumsprozefs auf Herausgabe des Sklaven einleiten; das scheint aber nicht ihre Absicht zu sein; sie will die ductio selbst hindern. Allein nun wechselt die Scene wieder, und jetzt erreicht der Unsinn seinen Höhepunkt: Nikomedes sowohl wie jene Frau wollen ihn beide laufen lassen, wenn jemand entweder als Kontravindikant in libertatem oder als sein Herr auftritt. Man könnte daran denken, dafs beiden darum zu thun war, einen Prozefsgegner zu erhalten, um das Verfahren des weiteren in seine Wege zu leiten, allein wenn kein Prozefsgegner auftrat, so war ihnen die Durchführung ihrer Ansprüche um so sicherer. Es scheint vielmehr, als ob ihnen ihr eigener Rechtsanspruch eine Last war, deren sie sich mit guter Manier gern entledigt hätten; womit freilich die Energie sich nicht gut vereinen läfst, die sie soeben zur Vertretung desselben entwickelt haben. Dafs Pancleon möglicherweise Unrecht geschehen ist, deutet der Sprecher denn auch selbst an, indem er bemerkt, er hätte ja nach seiner legalen assertio in libertatem das Recht gehabt, *δίκην λαβεῖν παρὰ τῶν ἀγόντων αὐτόν,* statt seine Freunde, die ihn gewaltsam hinwegführten, einer *δίκη βιαίων* auszusetzen, mit welcher auch Plato in der oben zitierten Stelle die illegale Hinderung der ductio bedroht. Allein davon, dafs diese *δίκη βιαίων* wirklich angestrengt wurde, hören wir nichts, während es anderseits eine sonderbare Vorstellung von dem attischen Rechtsleben verrät, anzunehmen, wie es der Verfasser unserer Rede offenbar gethan hat, dafs eine derartige Scene ohne Nachspiel bleiben konnte.

Glauben wir demnach die Echtheit dieser Rede ablehnen zu müssen, so läfst sie sich mit der nötigen Vorsicht darum doch

nicht weniger als juristische Fundgrube benutzen. Wir sehen aus dem Beginn der Scene, wie wenig das jetzt angenommene Dogma: man durfte jeden, an dem man Gewaltrechte geltend machen wollte, nach den Regeln der Selbsthilfe abführen, der Praxis und demnach wohl auch der Theorie des attischen Prozefsrechts entspricht: es brauchte sich nur jemand dafür zu verbürgen, dafs in iure ein anderer als Kontravindikant in libertatem auftreten werde, um die ductio zu sistieren. Man ist also so weit gegangen, als man bei der feststehenden Scheidung von Prozefspartei und Prozefsobjekt nur immer gehn konnte.

Eine Analogie zu diesem Verfahren finden wir in einer etwas turbulenten Scene, die Lysias in der Rede gegen Agoratos schildert[1]). Die Bule von Athen hatten im Jahre 403 die Verhaftung des Agoratos verfügt, um von diesem Mitteilungen über eine angebliche Verschwörung zu erhalten; die Ausführung dieses Befehls schildert der Redner so:

> *... περιτυχόντες αὐτῷ ἐν ἀγορᾷ ἐζήτουν ἄγειν. Παραγενόμεος δὲ Νικίας καὶ Νικομένης ..... ἄγειν μὲν τὸν Ἀγόρατον οὐκ ἔφασαν προήσεσθαι, ἀφῃροῦντο δὲ καὶ ἠγγυῶντο καὶ ὡμολόγουν παρέξειν εἰς τὴν βουλήν. Γραψάμενοι δὲ οἱ βουλευταὶ τὰ ὀνόματα τᾶν ἐγγυωμένων καὶ κωλυόντων ἀπιόντες ᾤχοντο εἰς ἄστυ.*

Also die Verhaftung eines Anzuklagenden wird sistiert, sobald Bürgen für ihn und sein Erscheinen in iure resp. in iudicio vorhanden sind. Dafs hier die technischen Ausdrücke der Freiheitsklage gewählt sind, mag eine Pointe gegen Agoratos enthalten haben, der als Freier lebte, aber nach der Meinung des Redners Sklave war[2]): allein das Verfahren war offenbar in allen Einzelheiten, auch der Verbürgung, legal, sonst hätten die Oligarchen sich schwerlich bei demselben beruhigt: die Technik der Freiheitsklage in Athen stellt sich demnach als die Erweiterung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes auf einen analogen Fall heraus.

Damit hören die verbürgten und sicheren Fälle der vindicatio in servitutem auf. Unbestimmbar ist die Natur des status praesens und damit die Frage offen zu lassen, ob e libertate in servitutem, wie in den bisher behandelten Klagen, oder e servitute in libertatem geklagt wurde, in dem Fall, auf welchen in Demosthenes'

---

[1]) Lysias gegen Agoratos XIII, 23.
[2]) So Frohberger zu Lysias XIII, 23.

Rede gegen Theocrines[1]) angespielt wird. Wir erfahren aus dieser Rede die Existenz eines Gesetzes:

ὃς κελεύει τὸ ἥμισυ τοῦ τιμήματος ὀφείλειν τῷ δημοσίῳ, ὃς ἂν δόξῃ μὴ δικαίως εἰς τὴν ἐλευθερίαν ἀφελέσθαι.

Aus diesem Gesetz schlägt der Sprecher gegen Theocrines Kapital, weil auf Grund desselben dessen Vater und, da dieser nicht bezahlt hat, auch er — man kennt die exorbitanten Bestimmungen des attischen Rechts gegen Staatsschuldner — dem Staat 500 Drachmen schuldet,

ἃς προςῶφλεν ἀφελόμενος τὴν Κηφισοδώρου θεράπαιναν εἰς ἐλευθερίαν.

Um diese Wendung zu verstehn, mufs man sich der eben behandelten Stelle aus Lysias gegen Pancleon erinnern, wo von den Vindikanten des Letzteren gesagt wird, sie hätten sich durch ihr illegales Verhalten der *δίκη βιαίων* schuldig gemacht. Über die Folgen dieser Klage unterrichtet uns Demosthenes Rede gegen Meidias[2]), wo in längerer Ausführung über die Grundsätze und Modalitäten der Schädigungsklage gesprochen wird. Der Redner stellt an die Spitze seiner Erörterung den die gesamte Materie beherrschenden Grundsatz:

οἱ περὶ τῆς βλάβης οὗτοι νόμοι πάντες, ἂν μὲν ἑκὼν βλάψῃ διπλοῦν, ἂν δ' ἄκων ἁπλοῦν τὸ βλάβος κελεύουσιν ἐκτίνειν.

Eine Konsequenz dieses Prinzips ist die bei Nichterfüllung einer condemnatio in certum aes gegebene *δίκη ἐξούλης* als Exekutivklage (actio iudicati) in duplum:

τί γὰρ δήποτ' ἄν τις ὀφλὼν δίκην μὴ ἐκτίνῃ, οὐκετ' ἐποίησεν ὁ νόμος τὴν ἐξούλην ἰδίαν, ἀλλὰ προςτιμᾶν ἐπέταξε τῷ δημοσίῳ;

Nicht minder endlich, wenn auch nach einer anderen Richtung hin die *δίκη βιαίων: ἂν μικροῦ πάνυ τιμήματος ἄξιόν τις λάβῃ, βίᾳ δὲ τοῦτο ἀφέληται τὸ ἴσον τῷ δημοσίῳ προςτιμᾶν οἱ νόμοι κελεύουσιν ὅσον περ τῷ ἰδιώτῃ.* Beide Klagen haben auch das Gemeinsame, dafs das duplum nicht dem Privatgeschädigten, sondern von dem hier hervortretenden öffentlich-rechtlichen Standpunkte aus der Gemeinde zu gute kommt.

Hiernach wäre eine Erklärung des bei Demosthenes gegen Theocrines geltend gemachten Gesetzes nach zwei ganz verschied-

---

[1]) Demosthenes gegen Theokrines 58, 17 ff. p. 1327 ff.

[2]) Demosthenes gegen Meidias 21, 43 ff. p. 528 f.

nen Richtungen hin möglich. Man könnte in den Worten desselben:

ὃς ἂν δόξῃ μὴ δικαίως εἰς ἐλευθερίαν ἀφελέσθαι,

den Sinn ausgedrückt finden, daſs die Strafe des duplum den treffen soll, welcher nicht etwa materiell zu Unrecht, sondern formell in unrechtmäſsiger Weise z. B. ohne Stellung der gesetzlichen zwei Bürgen die Vindikation vornehmen wollte, die eben dadurch unter den Begriff der *δίκη βιαίων* zu subsumieren wäre, ein Fall, wie wir ihn etwa bei Lysias gegen Pancleon angedeutet fanden, und wie ihn auch Plato vor Augen gehabt zu haben scheint, wenn er sagt:

ἐὰν δὲ παρὰ ταῦτά τις ἀφαιρῆται, τὴν διπλασίαν τοῦ ἐπιγραφέντος βλάβους τῷ ἀφαιρεθέντι τινέτω. [1])

Der Unterschied von dem attischen Recht läge dann in der Bezahlung des duplum an den Geschädigten, eine Abweichung übrigens, der niemand ein entscheidendes Gewicht beilegen wird, da wir eben nicht wissen, inwieweit Plato sein ideales Gesetzbuch dem in seiner Heimat herrschenden angepaſst hat. Das Bedenkliche vielmehr dieser Erklärung scheint mir darin zu liegen, daſs die Worte *μὴ δικαίως ἀφελέσθαι* auf eine gesetzwidrige Vindikation gedeutet werden müssen, während allerdings die natürlichste Erklärung die zu sein scheint, daſs damit eine Vindikation bezeichnet werden soll, die vor Gericht sich als materiell unbegründet herausstellt. Will man dieser Thatsache Rechnung tragen, so drängt sich eine andere Erklärung auf. Zu ihrem Verständnis sei zunächst an das Prinzip des römischen Prozeſsrechts erinnert, auch bei der Vindikation die Kondemnation womöglich zu vermeiden, wo sie aber erfolgen muſste, auf certum aes zu kondemnieren. Man bemühte sich im Formularverfahren durch den unsolennen arbitratus des Richters, daſs Kläger Recht habe, in der Sakramentalklage durch die pronuntiatio sacramentum Agerii iustum esse den Beklagten zur Restitution resp. zur anderweitigen Befriedigung des Klägers zu veranlassen, so daſs in der zweiten Periode Freisprechung erfolgen konnte, während in der ersten das Verfahren erledigt war. Geschah aber diese Restitution oder Befriedigung nicht, so erfolgte in der Sakramentalklage das Liquidationsverfahren, von dem wir in Folge der beklagenswerten Lücke bei Festus nicht wissen, ob dasselbe bloſs den interimistischen Nutzungswert des

---

[1]) Plato de legibus XI p. 914 E.

Prozefsobjekts oder auch dieses letztere selbst zum doppelten Taxwert veranschlagte.

Dasselbe Verhältnis könnte auch hier vorliegen. Entscheidet das Gericht, dafs der Rechtsanspruch des Klägers begründet ist, so liegt dem Beklagten Restitution oder aufsergerichtliche Einigung mit dem ersteren ob: erfolgt keines von beiden, so findet nach den Grundsätzen der *δίκη ἐξούλης* die Condematio in duplum nach dem üblichen Liquidationsverfahren statt: von diesem duplum nun ist nach demselben Prinzip die Hälfte dem Kläger, die andere dem Staat zu zahlen [1]).

Ist diese Auffassung begründet, so würden die 500 Drachmen die Theocrines dem Fiskus schuldet, die Hälfte des seinem Vater auferlegten Timema betragen, letzteres also die Höhe von 1000 Drachmen erreichen.

2. *Vindicatio in libertatem.*

Es wurde schon oben bemerkt, dafs in dem vorliegenden Fall, der in unserer Überlieferung eben nur gestreift wird, nicht zu entscheiden ist, ob eine vindicatio in libertatem oder in servitutem vorliegt. Bekanntlich wird in unserem gebräuchlichsten Handbuch des attischen Prozefsrechts die Existenz der ersteren überhaupt geleugnet [2]): ein schlagender Beweis, wohin es führt, wenn man juristische Probleme ohne juristischen Sinn behandelt. Denn es

---

[1]) A. M. Lipsius p. 660 ff. Die Annahme, dafs die *δίκη ἀφαιρέσεως* unter allen Umständen zur condemnatio in duplum führte, wird hier als etwas angeführt, was nicht den geringsten Bedenken unterliege. Ich kann mich dieser Auffassung nicht anschliefsen, finde vielmehr, dafs eine solche Einrichtung, zusammengehalten mit der Notwendigkeit des assertor, eine ungewöhnliche Beeinträchtigung der Garantieen für die Freiheit attischer Bürger enthalten hätte, weil sie notwendig vor der Übernahme einer Freiheitsklage abschrecken mufste. Auch würde nach dieser Auffassung jemand, der einem andern einen Sklaven gewaltsam entreifst, auf Grund der *δίκη βιαίων* derselben Strafe unterliegen, wie jemand, der die gesetzlich zulässige Kontravindikation unternimmt, aber vor Gericht mit ihr unterliegt. Eine Theorie, die zu solchen Konsequenzen führt, scheint mir verkehrt zu sein. Die im Text gegebene Erklärung ist aus dem Bemühn entsprungen, diese Anstöfse zu vermeiden, ich gebe sie, ohne mir die Schwierigkeiten derselben zu verhehlen. Nur zusammenfassende Untersuchungen über attisches Civilprozefsrecht könnten hier Aufschlufs verschaffen. — Auch Leist, Der attische Eigentumsstreit im System der Diadikasie p. 26 nimmt die Litiscrescenz der Libertätsklage wegen ihres pönalen Charakters ohne Einschränkung an.

[2]) Lipsius I. p. 663.

braucht nicht gesagt zu werden, daſs die Behauptung, es gebe in einem Recht die vindicatio in servitutem, aber nicht die in libertatem, ungefähr ebenso viel Sinn hat, als wenn jemand von einem Teppich sprechen wollte, der keine Rückseite hat. Und wenn an derselben Stelle als die primäre Klage zur Befreiung eines Sklaven die *γραφὴ ἀνδραποδισμοῦ* bezeichnet wird, so liegt darin dasselbe Maſs juristischer Einsicht, als wollte man auf dem Boden des römischen Rechts die Meinung aufstellen, daſs die vindicatio in libertatem ersetzt worden sei durch die Kriminalklage wegen plagium.

Der äuſsere Anlaſs zu dem juristischen Salto mortale, der in diesen Aufstellungen liegt, wurde wohl durch die Thatsache gegeben, daſs allerdings die überlieferte Formel der Klage bei Vindicatio in servitutem auf die entgegengesetzte Klagform keine Anwendung findet. Dort ist der angebliche Herr Kläger, der assertor in libertatem Beklagter, und jener formuliert seinen Anspruch also korrekt in den Worten, die wir oben überliefert fanden: *ἔβλαψέ με ὁ δεῖνα ἀφελόμενος τὸν δεῖνα* (Prozeſsobjekt) *εἰς ἐλευθερίαν*. Dagegen bei der vindicatio in libertatem ist der Freiheitsvindikant notwendig Kläger, der Herr Beklagter, und hier fehlt dem Kläger, falls er nicht auch ein Gewaltrecht geltend macht, also notwendig bei dem homo sui iuris, das Moment persönlicher Schädigung. Hier ist allerdings eine Lücke in unserer Überlieferung und damit in unserem Wissen zu konstatieren. Indessen die ungefähre Richtung, in der die Lösung des Problems liegen könnte, läſst sich andeuten: die Klagformel mag gelautet haben: *ἔβλαψε ὁ δεῖνα* (Negidius) *τὸν δεῖνα* (Prozeſsobjekt) *ἀφελόμενος* (sc. *αὐτὸν*) *εἰς δουλείαν*. Man ermiſst leicht die Singularität und damit auch die Schwierigkeit des Falls: wir haben eine Stellvertretung in der Civilklage vor uns, eine Materie, über die sich unsere Handbücher und vielleicht auch unsere Quellen ausschweigen.

Indessen auch abgesehen von diesen theoretischen Erwägungen würde man die Existenz der vindicatio in libertatem nicht bezweifelt haben, wenn man die vorhandene Überlieferung selbst einer genaueren Prüfung unterzogen hätte, als das bis jetzt der Fall war.

1. Eine Anspielung auf diese Prozeſsform finden wir in Isocrates Panathenaicus,[1]) wo der Redner den nationalen Unabhängig-

---

[1]) Isocrates Panathenaicus (XII), 97 p. 252.

keitskrieg, welchen die Lakedämonier und Athener im Interesse der kleineren Griechenstädte gegen die Perser führten, mit dem Verfahren eines Privatmannes vergleicht, der die Sklaven eines anderen frei, aber gleichzeitig sich selbst dienstbar macht:

> *παραπλήσιον ἐποίησαν τοῖς παρὰ μὲν τῶν ἄλλων τοὺς οἰκέτας εἰς ἐλευθερίαν ἀφαιρουμένοις, σφίσι δ' αὐτοῖς δουλεύειν ἀναγκάζουσιν.*

Wie das im einzelnen gedacht ist, läfst sich schwer sagen und ist auch zunächst irrelevant, jedenfalls soll nicht an eine einfache Eigentumsklage erinnert werden, die jenen Effekt am natürlichsten haben würde: Isocrates spricht ausdrücklich von der *ἀφαίρεσις εἰς ἐλευθερίαν* bisheriger Sklaven. Offenbar ist dies das eigentlich juristische Element der ganzen Aktion, der Zwang zu persönlicher Dienstbarkeit mag auf privater Verabredung oder sonstiger moralischer Pression beruhend gedacht werden.

2. In dem eben behandelten, sowie in den sub 3 und 4 zu erörternden, Fällen sind es die assertores in libertatem, welche von vorne herein die Initiative zu dem Prozefsverfahren ergreifen. Es liegt indessen in der Natur der Sache, dafs Sklaven, welche ein Recht auf die Freiheit zu besitzen glauben, diese ihre Ansprüche erst öffentlich kundgeben müssen, damit das Verfahren in seine Wege geleitet werden kann. Dieses Vorgehen, das in libertatem proclamare des römischen Rechts, beschreibt der Redner Dio: [1])

> *δοκοῦσί σοι πάντες οἱ δουλεύοντες δοῦλοι, ἀλλὰ οὐ πολλοὶ αὐτῶν ἐλεύθεροι ὄντες καὶ ἀδίκως; ὧν τινες ἤδη καὶ εἰς δικαστήριον εἰςελθόντες ἀπέδειξαν ἐλευθέρους ὄντας, οἱ δέ τινες καὶ ἀνέχονται μέχρι παντός, οὐκ ἔχοντες ἀποδεῖξαι φανερῶς περὶ τῆς ἐλευθερίας ἢ οἷς ἂν μὴ χαλεποὶ ὦσιν οἱ λεγόμενοι αὐτῶν δεσπόται.*

Man könnte zweifelhaft sein, wie diese *ἀπόδειξις* zu verstehen sei: jedenfalls wird man bei näherer Erwägung nicht etwa die Andeutung darin zu finden glauben, dafs die Sklaven ihren Prozefs selbst hätten führen dürfen. Das wäre eine Abweichung von dem griechischen Recht der klassischen Epoche, auf die zumal für jene Zeit nichts hindeutet. Dio wird sich auch hier, wie es ihm natürlich war, unjuristisch ausgedrückt haben, was um so näher lag, weil die Sklaven denen, welche formell den Prozefs für sie führen,

---

[1]) Dio XV, p. 450 R.

das zu ihren Gunsten sprechende Beweismaterial jedenfalls selbst in erster Linie zugänglich zu machen hatten, also sachlich in gewissem Sinne in der That Prozeſspartei sind. Vielmehr ist anzunehmen, daſs, wenn die Sklaven vor Gericht ihre Ansprüche anmeldeten, ihnen von Staatswegen ein Officialverteidiger gegeben wurde: an sich würde dem privaten assertor in libertatem wol nichts im Wege gestanden haben: allein wir haben zu erwägen, daſs, wenn ein Privatmann die assertio vornehmen wollte, eigentlich die gerichtliche Anmeldung des Sklaven, von der Dio spricht, überflüssig war: kam es zur letzteren, so hatte der Sklave eben niemand gefunden, der den Prozeſs übernehmen wollte. Die Annahme, daſs in solchem Falle eine Art von Staatsanwalt als officiale Prozeſspartei eintrat, wird denn auch durch eine wenn auch späte Überlieferung bestätigt: Gregorius von Korinth bemerkt ausdrücklich, daſs für Sklaven, welche gerichtlich ihre Freiheit erstreiten wollten, von Staatswegen ein *συνήγορος* bestellt werden muſste.[1]) Wir dürfen annehmen, daſs diese Notiz des gelehrten Erzbischofs auf eine relativ alte Quelle zurückgeht und daſs in der Zeit, welche Dio schildert, sowie auch in der klassischen Epoche des attischen Rechts die Dinge nicht anders gelegen haben.

3. Mit besonderer Vorsicht seiner juristischen Eigenart wegen ist der Prozeſs des Banquier Pasion zu behandeln.[2]) Ein Sklave desselben, Kittos, ist im Besitz von geschäftlichen Geheimnissen seines Herrn, und dies veranlaſst den Letzteren, wie er von Menexenus mit einer Klage belangt wird, in welcher jener hätte gerichtliches Zeugnis auf der Folter ablegen müssen, ihn verschwinden zu lassen. Diesen Sklaven nun findet der Kläger, bemächtigt sich seiner und beantragt Folterung. Pasion, dem alles daran lag das zu hindern, konnte ihn wohl ohne Widerspruch des Klägers als seinen Sklaven vindizieren und ihn dann freilassen. Allein abgesehn von der Frage der Rechtsgiltigkeit einer solchen manumissio in fraudem creditoris hätte er dadurch seine Sache in den Augen der Richter notwendig diskreditiert. Deshalb wählte er den Weg der direkten vindicatio in libertatem: *ἀφηρεῖτ' αὐτὸν ὡς ἐλεύθερον ὄντα.*

---

[1]) Gregorius in dem Kommentar zu Hermogenes *περὶ μεθόδου δεινότητος* bei Reiske orat. Gr. VIII p. 928. Ich bin auf die Stelle durch Platner c. I p. 91 aufmerksam geworden.

[2]) Isocrates XVII, 8 und 25 p. 360.

Er behauptet, dafs das Streitobjekt längst frei sei und sich zu Unrecht in Menexenus Gewalt befinde. Wahrscheinlich berief er sich auf die durch ihn, Pasion, angeblich schon vor langer Zeit geschehene Freilassung des Streitobjets. Auf Wunsch des bisherigen Besitzers bestellt er eine Bürgschaft von 7 Talenten. Nun sollte man den in dieser Weise eingeleiteten Freiheitsprozefs erwarten, allein Menexenus, der selbst keinen Besitztitel auf den Sklaven hatte, liefs es dazu wohl nicht kommen, sondern gab jeden persönlichen Anspruch auf. Denn kurz darauf finden wir den Sklaven wieder im Besitz des Banquiers.

Dies scheint mir der ungefähre Hergang gewesen zu sein, soweit er sich noch erkennen läfst, der übrigens, wenn ich recht sehe, in den wesentlichen Momenten bei Lipsius [1]) mifsverstanden ist.

Hier heifst es: „Diese Aphäresis ist nur zu erklären, wenn ihr eine *ἀγωγὴ εἰς δουλείαν* voranging; wie waren aber der Sprecher und Menexenus zu dieser berechtigt, da es ihnen niemals beikam zu behaupten, dafs sie an dem Kittos ein Eigentumsrecht hätten? Wir müssen daher annehmen, dafs nicht allein der, welcher ein Eigentumsrecht an dem Menschen zu haben behauptete, sondern auch jeder, der ein persönliches Interesse dabei hatte, dafs ein Sklave als solcher anerkannt würde, die *ἀγωγὴ* oder eine ihr entsprechende Handlung vorzunehmen berechtigt war.“

Bei dieser Darstellung ist eben die allerdings grofse Kompliziertheit des Falls aufser acht gelassen. Nach Isokrates eigener Darstellung (17 § 12) hat Pasion seinen Sklaven mindestens faktisch in Freiheit gesetzt: ob auch rechtlich, ist nicht mehr auszumachen. Aller Wahrscheinlichkeit nach hatte er die Dinge so eingerichtet, dafs er auch das zur Not und mit einem Anschein von Recht behaupten konnte. Dieses Mannes nur, der sich, ob Sklave ob Freier, jedenfalls herrenlos in libertate befand, bemächtigt sich nun Menexenus mittelst formloser manus iniectio: *ἐπιλαβόμενος*. Er hatte natürlich nicht die Absicht, ihn als sein Eigentum zu vindizieren, honnte aber eine momentane Detention in seinem Interesse nicht vermeiden, obwohl er damit — das ist das Eigentümliche der Situation — sich juristisch ins Unrecht setzte. Denn er wufste, dafs Pasion im Besitz des Mannes seinem Antrage auf Folterung widerstreben würde. Deshalb geht Menexenus

[1]) Lipsius p. 662 f.

nun mit dem Sklaven zum Beamten und *ἠξίου αὐτὸν βασανίζεσθαι*, wozu er bekanntlich nach attischem Prozefsrecht, falls derselbe sich im Zustand der Sklaverei befand, berechtigt war. Allein diesen Plan vereitelt das schlau berechnete und formell unangreifbare Vorgehen Pasions, der nun seinen ehemaligen Sklaven als einen längst Freien in libertatem vindiziert: Menexenus konnte im Ernst nicht daran denken, den ihm hingeworfenen Fehdehandschuh in dieser Weise aufzunehmen und verzichtete denn auch wirklich auf dieses ihm wertvolle Beweismaterial.

Die Klage ist also, wie man sieht, in ihrem Kern, der eigentlich juristischen Struktur, eine *ἀφαίρεσις εἰς ἐλευθερίαν* in geradezu typischer Klarheit.

4. Eine eigentümliche Mittelstellung zwischen vindicatio in libertatem und in servitutem nimmt eine Episode aus dem Prozefs gegen Timarch ein. [1])

Pittalakos, ein Staatsklave, reicht gegen Hegesander wegen Körperverletzung die *δίκη αἰκίας* ein. Letzterer, um die Verhandlung, in der er sich schuldig fühlte, zu vermeiden, erhob den Eigentumsanspruch an P. und machte Miene ihn abzuführen; soweit spielt sich der Vorgang analog der gewöhnlichen vindicatio in servitutem ab.

Der so Bedrohte ruft die Intervention eines Bürgers an, und dieser, Glaukon mit Namen, *ἀφαιρεῖται αὐτὸν εἰς ἐλευθερίαν*. Wenn sich der Redner hier genau ausgedrückt hat und der Kontravindikant sich ebenso wenig wie in Rom auf blofses Leugnen des klägerischen Rechtsanspruchs beschränken durfte, so lag hier allerdings ein Konflikt von Interessen und Privilegien vor: Das Streitobjekt war faktisch nicht frei; hätte aber Glaukon bei der Übernahme des Prozesses offen zugegeben, dafs P. Staatsklave war, so wäre seine Intervention vielleicht abgelehnt worden, weil dann wol ein Beamter als Civilvertreter des Fiskus hätte klagen müssen. Dies alles spielt sich dei der Einleitung der Beleidigungsklage ab. Der Redner bei Äschines fährt dann fort: *τὸ δὲ μετὰ τοῦτο δικὴν λῶξεις ἐποιήσαντο*. Man hat diese Worte bisher auf die Libertätsklage bezogen,[2]) allein mit Unrecht: denn hier hätte zunächst Hegesander seinen Anspruch im Prozefs gegen Glaukon als Beklagten erweisen müssen, eine Aufgabe, über deren

---

[1]) Aeschines gegen Timarch 85 ff.

[2]) Lipsius c. p. 661 n. 498.

Unlösbarkeit sich Kläger keinen Illusionen hingeben konnte. Also es lag nicht in seinem Interesse, die Klage anzustrengen, er wollte nur in der Möglichkeit des Prozesses eine Waffe gegen Pittalakos haben, um auf ihn eine Pression ausüben zu können. Deshalb ist wol anzunehmen, dafs H. die Klage zunächst nicht weiter betrieben hat, sondern sich bei der Intervention Glaukons beruhigte. Die *δικῶν λῆξεις* sind dann nichts andres, als die Klage *αἰκίας*, die durch dieses Zwischenspiel unterbrochen war. Zu dieser Auffassung führt auch der Zusammenhang des Ganzen. Denn es ist eben diese Klage *αἰκίας*, deren Entscheidung in dem Folgenden mit Einwilligung beider Parteien einem Schiedsgericht übertragen wurde. Der Schiedsrichter nun schob die Sache auf, *χαριζόμενος τούτοις* d. h. Hegesander und Timarch zu Gefallen. Dies aber waren die wegen *αἰκία* Angeklagten. also kann auch das Schiedsgericht nur diesen Punkt getroffen und auf ihn auch nur das unmittelbar vorhergehende *δικῶν λῆξεις ἐποιήσαντο* Bezug haben. Dem entspricht der schliefsliche Verlauf der Sache: Pittalakos, der, durch die Vindikation eingeschüchtert, dem Wunsch des Verklagten gemäfs das Schiedsgericht dem staatlichen vorgezogen hatte, wagte es nicht zu hindern, dafs der Richter im Einverständnis mit Hegesander die Sache einschlafen liefs. [1])

---

[1]) Die Substitution des privaten Schiedsgerichts an Stelle der gerichtlichen Klage erscheint Lipsius c. p. 661 f. anstöfsig. Er bemerkt, von der oben besprochenen Annahme ausgehend, dafs der Verurteilte in der Libertätsklage die Hälfte der Geldcondemnation an den Staat zu zahlen hat: „Wenn nun der Staat einen solchen Anteil an der Klage *ἀφαιρέσεως* nimmt, so mufs es billig auffallen, dafs bei Aeschines gegen Timarch . . . die dabei interessierten Parteien, ohne irgend auf den Staat Rücksicht zu nehmen, eine Privatübereinkunft schliefsen dürfen. Denn wenngleich allerdings Vergleiche in Privatklagen zulässig waren. so sollte man doch eine Beschränkung dieser Befugnis da erwarten, wo das Interesse des Staats so bedeutend konkurrierte.“ Ich kann nicht finden, dafs der Anteil des Fiskus an einer Mult, die doch primär als Schadensersatz des Privatklägers zu denken ist, als ein bedeutendes Staatsinteresse bezeichnet werden darf. Allein diese Bedenken verschwinden natürlich man, wie oben vorgeschlagen, das Schiedsgericht auf die *δίκη αἰκίας* bezieht. — Ein immerhin beträchtliches öffentliches Interesse scheint bei der Libertätsklage in unserem Falle allerdings, aber nach einer anderen Richtung hin vorzuliegen: nämlich darin, dafs P. Staatssklave, also wenn auch faktisch so gut wie frei, doch juristisch und in der Theorie öffentliches Eigentum war. Wie, wenn er jetzt durch Richterspruch dem Kläger zugesprochen wurde? Man sollte erwarten, dafs das Interesse des Fiskus durch einen Vertreter desselben hätte wahrgenommen

3. Allgemeine Übersicht.

Betrachtet man nun das Gesamtgebiet der attischen Libertätsklage, so werden zunächst zwei Punkte die Aufmerksamkeit des Forschers auf sich lenken: die Frage nach der Notwendigkeit des assertor und nach der interimistischen Freilassung des Streitobjekts.

Was das erste betrifft, so ist diese Notwendigkeit in der That schon durch die allgemeine Fassung des Platonischen *νόμος* nahegelegt, durch die Auseinandersetzungen der Lexikographen aber zum mindesten für die vindicatio in servitutem bewiesen, für die allein ein Beweis erfordert werden kann. Wie hätte auch der Name *ἐξαιρέσεως δίκη* gerade für die letztere Klaggattung primär aufkommen können, wenn der assertor (*ἐξαιρούμενος*) in dieser Prozeſsform nicht notwendig gewesen wäre?

Den juristischen Grund giebt Gregorius in der schon citierten Stelle seines Kommentars zu Hermogenes, wo er von den Offizialverteidigern oder richtiger gesagt von den Offizialklägern spricht, welche Sklaven gegeben wurden, die zu Unrecht in der Sklaverei zu sein behaupteten[1]):

> *δοτέον* (sc. *συνήγορος*) *καὶ τῷ δούλῳ, ὅτι ἀπρόσωπός ἐστι· καὶ ὅτε κινήσει*[2]) *κατὰ τοῦ δεσπότου αὐτοῦ ὑπὲρ ἐλευθερίας ἀγωνιζόμενος, ὀφείλει ὁ δικαστὴς διδόναι τούτῳ συνήγορον.*

d. h. dem Sklaven fehlt die Rechtspersönlichkeit und damit der Gerichtsstand (persona standi in iudicio).

Was hier von der vindicatio in libertatem gesagt ist, gilt dann kraft der in diesen Dingen üblichen, juristischen Prolepse auch von der vindicatio in servitutem, d. h. von dem bisher unbestritten Freien: der mögliche Sklave durfte nicht ein Recht ausüben, um welches er eben im Prozeſsstreit begriffen war. Man muſs sagen, daſs das juristisch und logisch ganz in der Ordnung ist. Offenbar ist in Rom wie in Athen der zu Grunde liegende Gedanke der nämliche gewesen, daſs man nicht gleichzeitig Prozeſspartei und Prozeſsobjekt sein kann. Es ist durchaus zuzugeben,

---

werden müssen. Bei der Abweisung des Klägers hätte der Staat wol nichts eingebüſst, denn schwerlich würde mit einem solchen Urteil gleichzeitig die Behauptung des Kontravindikanten, daſs P. frei sei, als rechtlich anerkannt anzusehen sein. Das Gericht entscheidet primär über die Behauptung des Klägers.

[1]) Oratores Graeci VIII p. 928 R.

[2]) *μηνύσῃ* indicet, deferat R.

dafs die Konsequenzen dieser Auffassung hier etwas für uns Moderne Befremdliches haben und den Eindruck einer gewissen Rechtsunsicherheit hervorzurufen geeignet sind: allein wir haben zu erwägen, dafs die antiken Stadtrechte zunächst auf kleine Gemeinden berechnet sind, in welchen der Einzelne nicht leicht ohne Anhang von Leuten war, die für ihn bei solchen Gelegenheiten um so eher eintraten, als jeder in die gleiche Lage kommen und des gleichen Schutzes bedürftig werden konnte. Solche Dinge müssen damals aufgefafst und behandelt sein, wie das Zeugenwesen etwa bei Dokumenten in unserer Zeit — als eine formale Höflichkeit. Sicherlich hätte die Notwendigkeit des Assertor sich sonst unbequem, ja gefährlich fühlbar gemacht: dafs es nicht geschehn ist, zeigt uns mit einiger Sicherheit die Thatsache, dafs man wenigstens nie bei der vindicatio in servitutem zu der Auskunft gegriffen hat, die auf dem Boden jener unabänderlichen Grundanschauung sehr nahe lag und, soweit ich sehen kann, nicht die geringsten Schwierigkeiten bot: ich meine die Bestellung eines Offizialverteidigers als ständigen assertor in libertatem, für den Fall, dafs sich niemand freiwillig dazu erbot, etwa in der Art der syndici und actores civitatum [1]).

[1]) A. M. Platner c. II p. 238: „Nach den Angaben der Redner und den von ihnen erzählten Fällen gewinnt es das Ansehen, als ob eine vindicatio in libertatem durch einen Dritten auch dann erforderlich gewesen sei, wenn der in Anspruch Genommene bis dahin als Freier gehandelt hatte.“ Nachdem P. dann seinen Widerspruch damit begründet hat, dafs eine derartige Auffassung „mit den Regeln des Rechts nicht wohl verträglich“ sei — was allerdings bei einem Juristen befremden mufs —, beschränkt er die ductio auf diejenigen, welche sich entweder nicht längere Zeit in dem ungestörten Besitz der Freiheit befanden, oder welche diesen Zustand nicht sofort bescheinigen konnten. „Denn vermochten sie dies, ohne dafs der angebliche Herr im stande war, den Sklavenstand des in Anspruch Genommenen wahrscheinlich zu machen, so litt das *ἄγειν εἰς δουλείαν* unbezweifelt keine Anwendung, und insbesondere dann nicht, wenn der Gegner als Bürger anerkannt war.“ In dem letzteren Falle wol faktisch nicht, allein deshalb nicht, weil sich dann auch gewifs ein assertor fand: das faktische Resultat ist indessen nicht die iuristische Formulierung. Was aber die Quellen angeht, deren anscheinendes Zeugnis P. bekämpfen zu müssen glaubt, so ist ihm entgangen, dafs die mafsgebenden Belege in den oben citierten Definitionen der Lexikographen liegen, nicht in den Zeugnissen der Redner; vielmehr hat es ein wunderlicher Zufall verschuldet, dafs an allen den Stellen, wo bei den Rednern auf diese Dinge angespielt wird, stets das volle Bürgerrecht der in ihrer Freiheit Angegriffenen aus andern Gründen wenigstens bis zu einem gewissen Grade zweifelhaft bleibt.

Wir kommen nun zu der Frage nach der interimistischen Stellung des Streitobjekts während des Prozesses. Man nimmt durchgängig an[1]), dafs dasselbe pendente lite frei blieb. Diese Annahme ist bei der vindicatio in servitutem, man darf sagen, selbstverständlich und hier auch durch Plato bezeugt: *ἐὰν δέ τις ἀφαιρῆταί τινα εἰς ἐλευθερίαν ὡς δοῦλον ἀγόμενον* (also in dem Moment, wo er als Sklave abgeführt wird, der Ausdruck setzt voraus, dafs er bis zu dem Augenblick der ductio sich in Freiheit befunden habe) *μεθιέτω μὲν ὁ ἄγων*. In demselben Mafse, wie hier natürlich, ist jene Theorie aber bei der vindicatio in libertatem unwahrscheinlich und zum mindesten des Beweises bedürftig. Man hat einen solchen zu führen nicht versucht[2]), weil man die strenge Scheidung von vindicatio in libertatem und in servitutem unterlassen hat und so leicht in den Irrtum verfiel, was in dem einen Fall selbverständlich war, in dem anderen, wo es an sich eher unwahrscheinlich ist, a priori anzunehmen[3]).

Prüfen wir das Material unbefangen, wie es nun gesichtet vorliegt, so werden wir sagen müssen, dafs zur klaren Entscheidung der Frage die Quellen keinen Anhalt geben. An und für sich würde man, bis der Beweis des Gegenteils erbracht ist, durchaus festzuhalten haben an der natürlichen Annahme, dafs, wie regelmäfsig im Civilprozefs, der status quo bis zur Entscheidung der Rechtsfrage bestehn blieb, würde also annehmen müssen, dafs der bisherige Sklave auch während des Prozesses in dieser Stellung verblieb. Bedenken könnte nur eine Scene aus dem Prozefs des Banquier Pasion erregen. Ich erinnere kurz an den oben dargestellten Sachverhalt: Pasion will die mit Anwendung der Folter übliche Befragung seines ehemaligen Sklaven Kittos hindern, hatte ihn zu dem Zweck laufen lassen und trat, als sein Gegner Menexenus sich seiner bemächtigt hatte, diesem als assertor libertatis für Kittos entgegen. Es kommt zur Litiskontestation: *κατεγγυῶντος*

---

[1]) Platner c. II p. 236. Thalheim, Rechtsalterthümer p. 26 f. n. 5. Lipsius c. p. 664 f. Besonders auffällig ist diese Theorie bei Lipsius, der die vindicatio in libertatem im attischen Recht zu leugnen geneigt ist oder doch die Beispiele dieser Klaggattung in unseren Quellen nicht erkannt hat. Man hätte hiernach mindestens ein non liquet erwarten müssen.

[2]) Man wird ihn gewifs nicht in dem Citat aus Aristoteles Probl. 29, 12 p. 951 b, 6 B. sehn wollen, wo es heifst: *δεινὸν καὶ τὸ τοῦ δούλου ὡς ἐλεύθερός ἐστι καταγνῶναι, πολὺ δὲ δεινότερον ὅταν τις τοῦ ἐλευθέρου ὡς δούλου καταψηφίσηται.* Lipsius p. 665 n. 503.

[3]) So bei Zitelmann, Recht von Gortyn, unter Berufung auf Plato de leg. XI p. 914 E (p. 86 n. 30).

γὰρ Μενεξένου πρὸς τὸν πολέμαρχον τὸν παῖδα, Πασίων αὐτὸν ἑπτὰ ταλάντων διεγγυήσατο. Es ist an sich durchaus verständlich, dafs bei der vindicatio in servitutem eine dreifache Personalbürgschaft genügte, während zu der in libertatem eine Realkaution erfordert wurde. Im Interesse der Sicherheit athenischer Bürger mufste der Widerspruch gegen die Abführung eines Freien von jeder pekuniären Voraussetzung befreit bleiben: war aber jemand faktisch Sklave und damit die Präsumtion gegeben, dafs er es auch rechtlich sei, so mochte immerhin eine Geldsumme schon zur etwaigen Entschädigung des Verklagten deponirt werden. Denn allerdings war der Letztere in der Ausnutzung seines Sklaven pendente lite schon durch die zum Zweck der Sammlung von Beweismaterial notwendige Kommunikation desselben mit dem assertor libertatis gehindert. Allein der Wortlaut der oben citierten Stelle scheint eine darüber hinausgehende Deutung zü verlangen. Menexenus, der Beklagte, verlangt von dem litigans eine Bürgschaft; der Erfolg derselben, welche von dem assertor geleistet wird, ist die momentane Befreiung des Streitobjekts: *κατεγγυῶντος* — *διεγγυήσατο.* Es ist ungemein gefährlich, aus diesem einzelnen und keineswegs normalen Fall allgemeine Schlüsse zu ziehen. Möglich, dafs Menexenus, der die Klage ja notwendig verlieren mufste, da er nicht den Schatten eines Rechts auf K. hatte, den Prozefs einfach aufgab und sich eine Kaution nur bestellen liefs, um auf sie eventuelle Regrefsansprüche wegen des unzweifelhaft dolosen Verhaltens von Pasion zu begründen. Nicht unwahrscheinlich auch, dafs bei der vindicatio in libertatem der Beklagte den Sklaven behalten durfte, sobald er Kaution stellen wollte, dafs er ihn dagegen interimistisch herausgeben mufste, sobald er das vermeiden mochte, während der Kläger sich zur Bestellung derselben erbot: es würde das bis zu einem gewissen Grade den praedes litis et vindiciarum der römischen Sakramentalklage entsprechen. Jedenfalls würde nach dem uns vorliegenden Quellenzeugnis eine derartige interimistische Freilassung an die Bedingung der Kautionsstellung geknüpft sein [1]).

4. Die *δίκη ἀποστασίου.*

In einem gewissen Zusammenhang mit der Freiheitsklage wird die *δίκη ἀποστασίου* wenigstens von einer der beiden uns vorliegenden Überlieferungen gebracht.

---

[1]) Nicht der Bürgenstellung, wie Zitelmann c. p. 83 n. 21 annimmt.

Die eine, welche gleichlautend bei Harpocration[1]) und Suidas vorliegt, bezeichnet sie als Klage des Patrons gegen seinen Freigelassenen wegen Nichterfüllung der Klientenpflichten:

> *ἀποστασίου δίκη τίς ἐστι κατὰ τῶν ἀπελευθερωθέντων δέδομένη τοῖς ἀπελευθερώσασιν, ἐὰν ἀφιστῶνται ἀπ' αὐτῶν ἢ προστάτην ἕτερον ἐπιγράφωνται καὶ ἃ κελεύωσιν οἱ νόμοι μὴ ποιῶσιν, καὶ τοὺς μὲν ἁλόντας δεῖ δούλους εἶναι, τοὺς δὲ νικήσαντας τελέως λοιπὸν ἐλευθέρους.*

Hiernach würde diese Klage nicht in den Bereich unserer Untersuchung gehören, allein bei Suidas findet sich noch eine zweite Tradition, im unmittelbaren Anschlufs an die erste:

> *ἀποστασίου δίκη ὅταν δοῦλος ὑπὲρ ἐλευθερίας ἐνίσταται, φάσκων μὴ προσήκειν τοῖς δοῦλον αὐτὸν ἀντιποιουμένοις.*

Es fragt sich, welche Tragweite dieser Notiz zuzuschreiben ist. Dieselbe leidet, wie man leicht erkennt, an einem inneren Widerspruch: das Streitobjekt ist offenbar nicht als in der Gewalt des Herrn befindlich gedacht, sonst hätte dieser Ausdruck nicht gewählt werden können, andererseits wird dasselbe aber auch nicht als thatsächlich frei betrachtet, sonst könnte nicht *δοῦλος* gesagt werden. Betrachtet man die Mitteilung als korrekt, so müfste die *δίκη ἀποστασίου* als der technische Name für die vindicatio in libertatem oder doch für diejenigen Fälle derselben anerkannt werden, in denen, wie sub II, 2 die Freiheitsklage auf Antrag der Sklaven erhoben wird.[2]) Allein da attisch-rechtlich die *δίκη ἀποστασίου* als Klage des Patrons gegen den Freigelassenen bezeugt ist, so steht dieser Auffassung auch das Bedenken entgegen, dafs in diesem Fall dasselbe Rechtsinstitut auf zwei ganz heterogene Gebiete ausgedehnt wäre, was der notwendigen Einheit juristischer Gebilde widerspräche. Dazu kommt, dafs sich unschwer der Weg zeigen läfst, auf dem die zweite Auffassung der Klage sich aus der ersten mifsverständlich entwickeln konnte. Faktisch konnte der Prozefs des Patrons gegen den Freigelassenen, falls er einmal angestrengt war, nur die völlige Freiheit oder die völlige Sklaverei des Beklagten zur Folge haben: es war also in der That ein Streit *περὶ δουλείας ἢ ἐλευθερίας* mit demselben Endziel, nur einem anderen Klagfundament, wie der Freiheitsprozefs selbst. Diese That-

---

[1]) Harpocration = Suidas sub *ἀποστασίου.*

[2]) Dies würde etwa die Ansicht von Platner (c. II p. 239) sein.

sache, ungenau oder zu gedrängt ausgesprochen, konnte leicht zu dem Mifsverständnis führen, als welche wir die zweite Notiz bei Suidas demnach wohl zu betrachten haben, und das besonders leicht bei einem Schriftsteller, der durch den völligen Mangel an Verständnis für den Inhalt seiner Kompilation berüchtigt ist.

5. Einige Details aus den delphischen Freilassungsurkunden.

Eine erwünschte Beleuchtung von einer anderen, verwandten Seite her erfahren diese Verhältnisse durch die Details der delphischen Freilassungsurkunden.[1] Es ist bekannt, dafs eine sehr gebräuchliche Form der Freilassung der Verkauf des Freizulassenden an die Gottheit war unter der Bedingung, dafs diese, soviel an ihr lag, die Freiheit des Scheinverkauften garantierte. Solche Beispiele der imaginaria venditio, welche wie die Emanzipation des römischen Rechts zur Freilassung führte, sind an zahlreichen Heiligtümern gefunden worden, in ungewöhnlicher Menge zu Delphi, und sie bilden eine noch keineswegs erschöpfte Fundgrube für das griechische Privatrecht, insbesondere das System der Obligationen. Uns interessiert hier besonders die Kautel gegen etwaige Angriffe auf die den Sklaven geschenkte Freiheit: es wird diesen Angriffen gegenüber den Freigelassenen persönlicher und eigenmächtiger Widerstand ausdrücklich gestattet, das *συλᾶν αὐτὸν εἰς ἐλευθερίαν*, z. B.:

> *εἴ τις ἐφάπτοιτο Μάνεος ἐπὶ καταδουλισμῷ, κύριος ἔστω Μάνης αὐσαυτὸν συλέων ὡς ἐλεύθερος ὤν.*[2])

Diese Erlaubnis, die nicht etwa für einen singulären Fall gegeben, sondern die typisch ist, scheint auf den ersten Blick dem konstanten Prinzip des antiken Rechts zu widersprechen, wonach in der Freiheitsklage das Streitobjekt nicht Partei sein darf.

Freilich unsere Inschriften gehn noch weiter: es wird in ihnen der Angreifer sogar mit einer gerichtlichen Prozedur bedroht,[3]) zuweilen ihm eine genau fixierte Geldbufse angedroht.[4])

---

[1]) Wescher et Foucart, Inscriptions de Delphes 1863 n. 19—450. Ein vorzüglicher Kommentar dazu von Foucart, Memoire etc. 1866.

[2]) No. 31 bei Wescher et Foucart. Der letztere führt c. p. 11 als parallele Ausdrücke an: *εἴ τις ἀνθάπτηται, καταδουλίζοιτο, ἄγοι, ἐπιλαμβάνοιτο.*

[3]) Wescher et Foucart n. 130 . . . *ὑπόδικος ἔστω Ὀλβίᾳ.*

[4]) Ibid. n. 442. *εἰ δέ τις ἐφάπτοιτο . . . . . ἀποτισάτω.*

Foucart vergleicht dies mit den Strafbestimmungen des attischen Rechts, für welches er aus der oben behandelten Rede gegen Theocrines das Princip entnimmt:[1]) à Athènes tout citoyen pouvait intervenir pour faire donner la liberté provisoire à une personne réclamée comme esclave; mais en cas d'erreur, il avait à payer la moitié de sa valeur. Allein abgesehen von den oben geltend gemachten Bedenken, welche gegen die Annahme einer derartigen allgemeinen Regel zu sprechen scheinen, drängt sich uns notwendig die Frage auf, worauf die Rechtsgültigkeit aller dieser Bestimmungen eigentlich beruhte. Diese Frage ist hier so wenig wie bei anderen griechischen wie römischen Inschriften mit Strafsanktionen zu beantworten: wir können nicht entscheiden, ob und inwieweit diese Bestimmungen mehr waren und sein sollten als Schreckschüsse und leere Drohungen ohne realen Inhalt. Dafs sie so unjuristisch abgefafst sind wie nur möglich, liegt auf der Hand: es wird dem assertor in servitutem eine Geldbufse angedroht, dann in libertatem ausdrücklich Straflosigkeit zugesichert — natürlich erhalten beide Bestimmungen erst dann ihre Bedeutung, wenn in dem Prozefs endgültig zu Gunsten der Freiheit entschieden ist. Davon aber sagen unsere Inschriften nichts, sie sind rein vom Standpunkt des Freigelassnen aus abgefafst. Von einem ähnlichen Gesichtspunkt dürfte sich die Gestaltung der Selbstverteidigung seitens der Freigelassnen erklären. Es kann sich bei derselben nur um Notwehr gegen reale Gewalt gehandelt haben: wollte jemand mit Umgehung der richterlichen Entscheidung durch Anwendung rein thatsächlicher Gewalt sein angebliches Herrenrecht ausüben, so hatte der so Angegriffene das Recht vim vi depellere. Dafs dies der wirkliche Inhalt jener Wendung ist, zeigen die sonstigen Bestimmungen unsrer Urkunden: Für die Freiheit des litigans sollen eintreten in erster Linie der Freilasser, in zweiter die Garanten, in dritter jeder Bürger:

> *εἰ δέ τις κα ἐφάπτηται ἐπὶ καταδουλισμῷ, βέβαιον παρεχόντων τῷ θεῷ τὰν ὠνὰν οἵτε ἀποδόμενοι . . . . καὶ οἱ βεβαιωτῆρες . . . . κατὰ τοὺς νόμους τᾶς πόλιος ὁμοίως δὲ καὶ οἱ παρατυγχάνοντες τῶν ἰδιωτᾶν κύριοι ἐόντων, συλέ-*

---

[1]) Foucart c. p. 12 f. Wohl irrtümlich wird an derselben Stelle aus jener Rede geschlossen, dafs Th. Vater dem Sklaven ein Asyl gewährt habe: er hatte nur die vindicatio in libertatem vorgenommen.

οντες Μέλισσαν ὡς ἐλευθέραν οὖσαν, ἀζάμιοι ἐόντες καὶ ἀνυπόδικοι τοὶ συλέοντες πάσας δίκας καὶ ζαμίας.[1])

Zweifellos ist hier an die gerichtliche Vertretung des litigans gedacht, zu der der letztere als Prozeſsobjekt eben nicht fähig war. Wenn diese Vertretung jedem Bürger gestattet war, so wird sie in erster Linie dem Freilasser und dem Garanten befohlen, ja sehr oft unter Strafe befohlen:

βέβαιον παρεχόντω τὰν ὠνὰν τῷ θεῷ . . ., εἰ δὲ μὴ παρέχοιεν βέβαιον τὰν ὠνὰν τῷ θεῷ πράκτιμοι ἐόντων κατὰ τὸν νόμον τᾶς πόλιος.[2])

Zuweilen wird diese Verpflichtung neben dem Freilasser auch dessen Erben, die ihre Zustimmung zu der Freilassung gegeben haben, auferlegt: diese Zustimmung wird als *συνευδοκεῖν*[3]) bezeichnet, die Personen selbst zuweilen als *ἐπίνομοι*[4]). Daſs auf diese Weise stets mehrere Personen zum Schutz des Freigelassenen rechtlich engagiert werden, begreift sich vollkommen, wenn man bedenkt, daſs in Athen neben dem assertor in libertatem noch zwei Bürgen gerade bei der vindicatio in servitutem nötig waren, und daſs höchst wahrscheinlich eine ähnliche Einrichtung auch in Delphi bestanden hat. Deshalb begnügte man sich nicht mit der rechtlichen Bindung des Freilassers, sondern schuf auch die Stellung des Garanten (*βεβαιωτήρ*), den wir demnach als eine Art von notwendigem *προστάτης* des ehemaligen Sklaven ansehn dürfen. Gegen die Kollusion dieser seiner natürlichen Vertreter ist der Freigelassene durch die schweren Strafen geschützt, welche das Gesetz auf jenes Vergehn gesetzt hat und an deren persönlicher Beitreibung er wol nicht gehindert war: wenigstens der Grund, welcher ihm die Möglichkeit entzieht, als Prozeſspartei für die eigne Freiheit einzutreten, fällt hier naturgemäſs fort[5]):

εἰ δέ κα μὴ παρέχοντι, πράκτιμοι ἐόντω τῷ θεῷ καὶ Σατύρῳ καὶ τῷ ὑπὲρ τὸν θεὸν ἢ Σάτυρον θέλοντι πράσσειν αὐτοῦ καὶ τοῦ ἡμιολίου μνᾶν ἕξ.[6])

---

[1]) Wescher et Foucart n. 34. Das Beispiel ist wie das folgende typisch für die Masse der Inschriften. Die Vertretung vor Gericht wird auch als *προΐστασθαι* bezeichnet N. 286.

[2]) ibid. n. 45.

[3]) z. B. N. 34.

[4]) z. B. N. 53.

[5]) A. M. über die Bedeutung des *βεβαιωτήρ* Foucart c. p. 18 f.

[6]) Wescher et Foucart N. 384.

Hier finden wir also, wie auch sonst bei derartigen Anlässen in griechischen wie in römischen Inschriften, die Popularklage gegeben zur gröfseren Sicherung der Bestrafung von Kontravenienten [1].

---

[1]) Eine Schwierigkeit ergiebt sich für die Gültigkeit des gesamten Rechtsgeschäftes sobald der Freilasser und demnach auch der Freigelassene, wie das ja meistens der Fall war, ihr Domizil nicht in Delphi selbst hatten: welche Verbindlichkeit konnten die auf Grund des delphischen Rechts statuierten Normen für Männer haben, welche nicht nach diesem Recht lebten, die also, wenn es zum Prozefs kam, gar nicht die Verpflichtung hatten, vor delphischen Gerichten ihr Recht zu nehmen? Mit Recht bezieht Foucart (c. p. 20 f.) wohl hierauf die in den Inschriften sich mehrfach (z. B. Wescher et Foucart N. 47) sich findende Klausel, welche die Rechtsgültigkeit des Vertrages nach dem delphischen und dem Recht derjenigen Gemeinde stipuliert der der Freilasser angehört: *κατὰ τὸν νόμον τῶν Δελφιῶν καὶ κατὰ τὸ σύμβολον* oder *κατὰ τὰν συμβολάν*. Der letzte Teil der Klausel wird einmal auch genau präcisiert: *κατὰ τὸν νόμον τῶν Δελφῶν καὶ κατὰ τὸ σύμβολον τῶν Φωκέων*.

IV.

Die in rem actio der Inschrift von Gortyn.

1. Allgemeines.

Die vor zwei Jahren in der Nähe des alten Gortyn gefundene Inschrift, die, wie die längste, so zweifellos auch die wichtigste ist, welche wir in griechischer Sprache besitzen, hat, wie das ihrer Bedeutung entspricht, eine so grofse Zahl von Besprechungen erfahren, dafs ich nur, weil es der Plan des vorliegenden Werks, den Freiheitsprozefs durch das antike Recht zu verfolgen, unumgänglich erfordert, mich entschliefse, die Zahl dieser Untersuchungen, soweit das erste Kapitel der Inschrift in Frage kommt, um eine neue zu vermehren. Es ist diese Aufgabe um so weniger erfreulich, als das sprachliche Moment in dieser Inschrift durch die Bemerkungen von Buecheler und die Ausgabe der Brüder Baunack, das sachlich-juristische durch die Ausgabe von Buecheler und Zitelmann derartig grundlegend behandelt ist, dafs jede neue Behandlung auf eine Wiedergabe dieser Forschungen oder auf eine Polemik gegen dieselben hinauslaufen mufs. Wenn das letztere, wie ich glaube, ein Übelstand ist, so ist er jedenfalls nicht zu vermeiden. Es ist sicher kein Zufall, dafs dieser Widerspruch sich oft nicht auf die Erklärung der Inschrift, sondern auf die Vergleichung mit anderen griechischen Rechten bezieht. Denn, da Zitelmann die bei Lipsius und anderen vorliegende Darstellung ohne erneute Prüfung als zutreffend und als Basis seiner Vergleichung annahm, so mufste er notwendig durch die zahlreichen Irrtümer jener Kompendien irre geführt werden.

Die Klage, welche in dem ersten Kapitel unserer Inschrift behandelt wird, ist, wie schon in der Überschrift bemerkt wurde, eine actio in rem d. h. sie dient nicht blofs, obwohl in erster Linie, zur Geltendmachung dinglicher Rechte (vindicatio, sei es im petitorium, sei es im possessorium, also actio in rem specialis), sondern auch zur Vertretung von Familien- resp. Gewalt- und Erbrechten. Ausdrücklich erwähnt und besprochen werden die Libertäts- und die Besitzklage um einen Sklaven. Dafs aber die Tragweite des Verfahrens über diese beiden Prozesse hinausgeht, zeigt, wenn wir von der eben angeführten römisch rechtlichen Analogie absehn, auch der Anfang der Urkunde selbst: *ὅς κ' ἐλευθέροι ἤ δολοι μέλλει*

ἀνπιμολε̃ν. Danach ergreift das Verfahren alle Streitigkeiten, in denen der status einer Person resp. Gewaltrechte an ihr in Frage kommen: es ist das eine sehr natürliche Bestimmung für eine Urkunde,dieeben inhaltlich eine Aufzeichnung des Familienrechts enthält. Die Libertäts- und Eigentumsklage zerfällt in dem Fall, daſs nicht bloſs die Rechtsfrage, sondern auch der status quo zwischen den Parteien controvers ist, ganz wie in Rom in zwei gesonderte Stadien, die sich bei der actio in rem specialis als possessorium und petitorium, bei der Freiheitsklage als praeiudicium (utrum e libertate in servitutem an e servitute in libertatem petatur) und Hauptprozeſs differenzieren. Unser Gesetz umfaſst mit bewunderungswürdiger Knappheit alle hier in Betracht kommenden Fälle.

2. Possessorium resp. Erledigung der Präjudizialfrage.

Ὅς κ' ἐλευθέροι ἢ δόλοι μέλλει ἀν‖πιμολε̃ν, πρὸ δίκας μὲ ἄγεν. αἰ δ‖έ κ' ἄγει, καταδικακσάτο τõ ἐλευθέρ‖ο δέκα στατέρανς, τõ δόλο πέντ‖ε ὅτι ἄγει καὶ δικακσάτω λαγάσαι ‖ ἐν ταῖς τρισὶ ἀμέραις. αἰ <δέ> κα‖μὲ <λαγ>άσει, καταδικαδδέτω τõ μὲν ‖ ἐλευθέρο στατέρα, τõ δόλο<δα>ρκν‖ὰν τ<ᾶς> ἀμέρας ϝεκάστας, πρίν κα λα‖γάσει, τõ δὲ κρόνο τὸν δι<κα>στ‖ὰν ὀ<μ>νύντα κρίνεν. αἰ δ' ἀννίοιτο‖μὲ ἄγεν, τὸν δικαστὰν ὀμνύντ‖α <κρί>νεν, αἰ μὲ ἀποπονίοι μαῖτυς.‖

Wer um einen Freien oder Sklaven prozessieren | will, soll vor dem Rechtsstreit nicht wegführen. Wenn er aber | wegführt, soll er verurteilen wegen des Freien | zu 10 Stateren, des Sklaven zu 5, || weil er wegführt, und soll urteilen, daſs er frei gebe | binnen 3 Tagen. Wenn er aber | nicht frei gibt, so soll er verurteilen wegen des | Freien in 1 Stater, des Sklaven in 1 Drachme | für jeden Tag, bis er frei gibt. || Wegen der Zeit aber soll der Richter | schwörend entscheiden. Falls er aber leugnet | die Wegführung, so soll der Richter schwörend | entscheiden, falls nicht aussagt ein Zeuge.[1])

Wir finden hier das Verbot eigenmächtiger ductio, statt ihrer wird der Vindikant auf den Rechtsweg verwiesen. Von Zitelmann[2]) und denjenigen, welche sich die Mühe genommen haben, dessen Kommentar zu reproduzieren[3]), ist hier ein Gegen-

[1]) Die Uebersetzung nach Buecheler.
[2]) Zitelmann c. p. 81 f.
[3]) Dahin gehört z. B. Simon, Zur Inschrift von Gortyn 1886.

satz zwischen attischem und römischem Recht einerseits und dem von Gortyn andrerseits konstruiert worden. Zitelmann bemerkt: „Ein gleiches Gewaltverbot ist dem attischen und älteren römischen Recht unbekannt. Gegen den, welchen man als seinen Sklaven behauptete, konnte man ohne weiteres Selbsthilfe gebrauchen . . . . Freilich, wenn sich ein Vindex fand, der den Freiheitsprozefs übernehmen wollte und deshalb den Fortführenden in ius vozierte, mufste man . . . . in Athen wie in Rom den Beanspruchten interimistisch gegen Bürgschaftsstellung freigeben. Indefs war das ein ungenügender Schutz. Denn wenn man sich des Menschen bemächtigt hatte, ohne dafs zufällig ein zur Vertretung bereiter Freund in der Nähe war, so war der Duzierte schutzlos: seine Freunde erfuhren vielleicht nicht einmal, wo er sich aufhielt . . . . Die Eigenmacht als solche war also nicht untersagt.“

Bei genauer Erwägung des vorliegenden Materials wird man, glaub' ich, zu dem Resultat kommen, dafs ein Unterschied zwischen den antiken Rechten in diesem Punkt nicht vorhanden ist.

Vielmehr hängen die Erscheinungen, welche Zitelmann als auffällig betrachtet, eng zusammen mit der Thatsache, dafs nach den uns bekannten antiken Rechten das Streitobjekt im Freiheitsprozefs nicht Prozefspartei sein, also weder selbst klagen noch sich selbst verteidigen konnte. Die Notwendigkeit des assertor libertatis ist das *πρῶτον ψεῦδος* der antiken Jurisprudenz, allein diese Notwendigkeit ist für Gortyn ebenso sicher bezeugt wie für Athen und Rom. Allerdings soll man in Gortyn niemanden, auf den man Ansprüche geltend machen will, *πρὸ δίκας* wegführen dürfen: allein diese Worte besagen jedenfalls, dafs die Eigenmacht dann verboten ist, wenn ein gerichtliches Verfahren in Aussicht steht, und natürlich nur in diesem Fall. Da nun aber auch nach Gortyner Recht der Angegriffne sich nicht selbst verteidigen darf, so mufs zweifellos, falls niemand sich zur Kontravindikation in libertatem erbot, die ductio gestattet gewesen sein: das ist die w i r k l i c h e Lücke, die sich im römischen wie in den griechischen Rechten vorfindet und die ihre Erklärung, wie oben bemerkt, in der Thatsache findet, dafs die antiken Gesetzgebungen in erster Linie Gemeindeverfassungen und auf kleine Verhältnisse berechnet sind. Man mufs hiernach wol so resumieren: die Eigenmacht als solche war auch in Gortyn nicht untersagt, sie war es nur in dem Falle, wo sie es auch in Athen und Rom war, d. h. wenn ein assertor libertatis auftrat. Der Unterschied liegt nur darin, dafs wir für Gortyn die

gesetzliche Formulierung besitzen, dagegen, was Athen und Rom betrifft, das Prinzip aus der lückenhaft und einseitig überlieferten Gerichtspraxis eruieren müssen. In welcher Weise dem litigans die Möglichkeit verschafft wurde, nach einem Vindex sich umzusehn, ist uns nicht überliefert; dafs es geschah, an sich sehr glaublich: vielleicht dafs der Vindikant mit dem Streitobjekt sich zu dem die Jurisdiction handhabenden Beamten begeben und dort die Besitzergreifung notifizieren mufste.[1])

Das Prozefs- und Strafsystem, welches sich an die gegen das Verbot eingeleitete ductio knüpft, ist verständlich: der Vindikant wird zur Erlegung von 10 resp. 5 Stateren — je nachdem es sich um eine Libertäts- oder um eine Eigentumsklage handelt — und zur Exhibition resp. Restitution verurteilt; im Falle er die ihm gesetzte Frist von drei Tagen überschreitet, hat er pro Tag 1 Stater resp. 1 Drachme zu zahlen. Hilft auch das nicht, so tritt offenbar magistratische Coercition ein. Dafs man den Freien nicht in der Hand desjenigen lassen wollte, der ihn als seinen Sklaven in Anspruch nahm, liegt in der Natur der Sache und wird durch die Worte: *πρίν κα λαγάσει* bestätigt. Wann das System der Geldstrafen verlassen und zur Exekution geschritten wurde, das zu entscheiden lag wol in dem Belieben des Beamten. Vielleicht geht hierauf die etwas unklare Bestimmung: *τõ δὲ κρόνο τὸν δικαστὰν ὀμνύντα κρίνεν.* Diese letztere Wendung scheint das Gesetz überall da anzuwenden, wo der Richter nicht nach bestimmten Normen resp. Zeugenaussagen, sondern nach seinem unter Eid gestellten pflichtmäfsigen Ermessen zu entscheiden hat, also überall da, wo ihm entweder bei der Würdigung des Thatbestandes oder bei anderweitigen richterlichen Verfügungen eine diskretionäre Gewalt eingeräumt ist.[2]) Von dem thatsächlichen Besitz bei Beginn des Hauptprozesses hängt Verteilung der Parteirollen und damit der Beweislast, gleichzeitig auch die Entscheidung über den interi-

---

[1]) So für römisches Recht Bethmann-Hollweg, Civilprozefs I § 33 n. 5.

[2]) Die von Zitelmann c. p. 85 zweifelnd proponierte Erklärung, es sei dem Richter damit vielleicht die Möglichkeit gegeben, das tempus als utile, nicht als continuum zu berechnen, scheint mir keineswegs unwahrscheinlich. Mehr die von demselben Gelehrten an erster Linie gegebne Deutung: „Wegen der Zeit soll der Richter schwörend erkennen, d. h. über die Zahl der Tage, in denen der Mensch unberechtigt vorenthalten ist. Denn es hätte ja doch, wenn inzwischen der Duzirte freigegeben war, zweifelhaft sein können, wann die Freigebung geschehen sei.“

mistischen Besitz des Streitobjekts ab. Diese präparatorische Funktion des possessorium tritt besonders in dem Schlufssatz unsres Paragraphen hervor:

> *αἰ δ' ἀννίοιτο μὲ ἄγεν, τὸν δικαστὰν ὀμνύντα κρίνεν, αἰ μὲ ἀποπονίοι μαῖτυς.*

Die Thatsache, dafs der augenblickliche Inhaber des Streitobjekts sich im Besitz desselben befindet, wird jener weder leugnen können noch wollen, in den meisten Fällen auch das nicht, dafs er vor kurzem durch ductio sich seiner bemächtigt hat; vielmehr wird gewöhnlich die Sache so liegen, dafs der angebliche Herr behaupten wird, die ductio mit vollem Recht ausgeübt zu haben: Der Duzierte sei ein ihm entflohener Sklave, er habe nicht die possessio libertatis gehabt etc. Darüber eben hat der Richter zu befinden. Wir sehen, dafs bei dieser Auffassung die Bestimmungen der lex Gortynensis genau die Funktion des Interdiktum Utrubi erfüllen, nur dafs die — übrigens praktisch für diesen Fall ganz unerhebliche — Fristbestimmung des letzteren bei jener fortfällt, und wir können daraus den Rückschlufs ziehen auf die Art, wie in Rom vor Erfindung des, bekanntlich nachplautinischen, Interdikts die Parteirollen für das petitorium bestimmt wurden, nämlich durch magistratische Kognition. Bei dieser Auffassung vermag ich in dem bisher geschilderten Verfahren nur einen Prozefs zu erblicken, den über die Thatsächlichkeit und gleichzeitig die Gesetzlichkeit der ductio. Die eine Partei beschuldigt den Gegner der gesetzwidrigen Besitzergreifung. Letzterer wird entweder die Besitzergreifung überhaupt leugnen oder die Gesetzlichkeit derselben behaupten: auf beides bezieht sich die Wendung *αἰ δ' ἀννίοιτο μὲ ἄγεν.*

Die Zuerkennung der Prozefskosten bei Nichtrestitution bedarf zwar eines besonderen gerichtlichen Verfahrens, ist aber ebensowenig ein neuer Prozefs wie das arbitrium litis aestimandae am Schlufs der Sakramentalklage in rem. Falls aber der Verurteilte sich diesem letzteren Verfahren dadurch entziehen wollte, dafs er behauptete, die Restitution nach Erlafs des Urteils vollzogen zu haben, so wird der Richter stillschweigend und formlos diesen Einwand geprüft haben: ein besonderes gerichtliches Verfahren machte dieser schwerlich häufige Fall wol nicht nötig; auch scheint es kaum angänglich, darauf die Worte *αἰ δ' ἀννίοιτο μὲ ἄγεν* zu beziehen: es müfste dann heifsen: *αἰ δ' ἀννίοιτο μὲ ἔχεν.*

3. Vindikation.

αἰ δέ κα μολε̃, ὀ μὲν ἐλεύϑ⟨εϱ⟩ον ‖ ὀ δ⟨ὲ δ⟩õλον καϱτόνανς ἔμεν ‖ ὅτεϱο⟩ι κ' ἐλεύϑεϱον ἀποπονίον‖τι. αἰ δέ κ' ἀνπὶ δόλοι μολίοντι ‖ πονίοντες Ϝὸν Ϝεκάτεϱος ἔμ‖εν, αἰ μέν κα μαῖτυς ἀποπονε̃ι κ‖ατὰ τὸν μαίτυϱα δικάδδεν, αἰ δέ κ' ἒ ἀμποτέϱοις ἀποπονίοντι ‖ ἒ μεδάτεϱοι, τὸν δικαστὰν ὀ‖μνυντα κϱίνεν. ἐ δέ κα νικαϑε̃ι ὀ ‖ ἔ κον. ⟨τ⟩ὸμ μὲν ἐλεύϑεϱον λαγ‖άσαι τα̃ν πε⟨ν⟩τ' ἀμεϱα̃ν, τὸν δὲ δõ ‖ λ⟨ον⟩ ἐς κέϱανσ ἀποδόμεν.‖

Wenn aber prozessirt der Eine dafs frei, ‖ der Andre dafs Sklave, so sollen kräftiger sein, | [wie viele] aussagen dafs frei |. Wenn sie aber um einen Sklaven prozessiren, | sagend jedweder dafs er sein sei, | so soll er, wenn ein Zeuge aussagt, ‖ gemäfs dem Zeugen urtheilen; wenn | aber entweder Beiden sie aussagen | oder Keinem von beiden, so soll der Richter | schwörend entscheiden. Wenn aber besiegt wird der | welcher hat, so soll er den Freien frei ‖ geben im Lauf von 5 Tagen, den Sklaven | aber in die Hände zurückgeben.

Der eben mitgeteilte Paragraph der Inschrift schildert den Eigentums- und den Freiheitsprozefs. Überall fast ergeben sich aus dieser Schilderung Analogieen zu dem attischen wie zu dem römischen Prozefsrecht. Die Notwendigkeit des assertor libertatis in allen Fällen der Freiheitsklage liegt schon in den Anfangsworten unserer Stelle: *αἰ δέ κα μολε̃ ὀ μὲν ἐλεύϑεϱον ὀ δὲ δõλον* und wird dann durch das folgende Verfahren bestätigt. Die interimistische Freilassung des litigans bei vindicatio in libertatem, welche wir nach der in Kapitel II niedergelegten Auffassung nicht als altrömisches Recht anzuerkennen vermochten, findet sich nicht in dem Gortyner Recht vor: ein deutlicher Beweis, dafs jener Einrichtung nicht diejenige zwingende Notwendigkeit inne wohnt, welche ihr von neueren Gelehrten meist beigelegt worden ist. Diese Auffassung hat hauptsächlich dazu beigetragen den unbefangnen Blick für unser Quellenmaterial in so hohem Grade zu trüben, wie dies seit dem Beginn der Wissenschaft vom römischen Civilprozefs geschehn ist. Dafs die gortynische actio in rem ebenso wie die altrömische eine actio duplex gewesen ist, hat Zitelmann m. E. mit Recht aus der Form geschlossen, in der die Aussprüche der Parteien gegenübergestellt werden: niemals beschränkt sich die Gegenpartei auf Leugnung des klägerischen

Anspruchs, sondern sie tritt demselben mit einer eigenen positiven Behauptung entgegen.

Freilich, wenn ich die Konsequenzen, welche die herrschende Meinung aus der formalen Duplizität der römischen Sakramentalklage gezogen hat, dafs ein wirklicher Unterschied zwischen Kläger und Beklagtem nicht existierte, vielmehr beide Parteien die gleiche Beweislast hatten, schon für den altrömischen Prozefs nicht anzuerkennen vermochte, so scheint mir diese Auffassung für das Gortyner Recht durch mehr als einen Umstand ausgeschlossen zu sein. So wenig man im römischen Recht begreifen würde, wenn auf einen durchgeführten possessorischen Interdiktsprozefs ein Verfahren folgte, in welchem der soeben gerichtlich anerkannte Besitz des Verklagten ignoriert würde, ohne auch nur die Kraft zu haben, dem Inhaber wenigstens den wesentlichsten unter den Vorteilen des Beklagten, den der Freiheit von der primären Beweispflicht zu verschaffen: ebenso wenig läfst es sich auf dem Boden des Gortyner Rechts, welches ein fein ausgebildetes possessorium kennt, verstehn, dafs der Besitzer, der soeben als solcher konstituiert worden ist, nun plötzlich mit dem abgewiesenen Nichtbesitzer rechtlich auf eine Stufe gestellt werden soll.

Das Beweisrecht unsrer Inschrift entspricht dann wieder dem römischen, soweit ich sehen kann, vollkommen. Im Freiheitsprozefs soll, um es kurz sagen, in dubio pro libertate entschieden werden, d. h. wenn die Zeugenaussagen in ihrer Qualität — schwerlich in ihrer Quantität[1]) — nach der Auffassung des Richters sich aufwiegen, so soll der Letztere gehalten sein, zu Gunsten der Freiheit zu erkennen: wir erhalten demnach denselben Sinn, welchen die von Zitelmann angeführte Digestenstelle giebt:

> si testes non dispari numero tam pro libertate quam contra libertatem dixerint, pro libertate pronuntiandum esse saepe constitutum est[2]).

Für den Eigentumsprozefs fällt diese Spezialbestimmung natürlich fort, und hier tritt dann die generelle Beweisregel wieder in Kraft, dafs der Richter, wo Zeugenaussagen vorliegen, diese, soweit es ihm

---

[1]) Noch weiter geht Zitelmann c. p. 88: „bei der causa liberalis soll bei einander entgegenstehenden Zeugenaussagen ohne Rücksicht auf die Zahl der für jede Partei aussagenden Zeugen zu Gunsten der Freiheit geurteilt werden.“ Ich halte diese Deutung für undenkbar.

[2]) L. 24 § 1 D. 40, 1.

gut scheint, zu berücksichtigen, wo nicht, nach absolut freier Würdigung des Thatbestandes zu entscheiden hat. Mit voller Deutlichkeit wird das gortynische Beweisrecht in einem Nachtrage präzisiert [1]):

τὸν δικαστὰν ὅτι μὲν κατὰ μαιτύρανς ἔγραται δικάδδεν ἒ ἀπόμοτον, δικάδδεν ἆι ἔγραται, τõν δ' ἄλλον ὀμνύντα κρίνεν πορτὶ τα μολιόμενα.

d. h. der Richter soll nach Zeugenaussagen oder nach Parteieid entscheiden in den Fällen, wo das speziell vorgeschrieben ist, sonst nach seinem unter Eid gestellten pflichtmäfsigen Ermessen. In unserm Fall nun tritt die eben dargelegte Modifikation ein.

Mehr dürfte aus den Worten der Urkunde nicht zu entnehmen sein; ein Unterschied des gortyner und römischen Rechts ist demnach an dieser Stelle nicht vorhanden, und damit fällt auch die Möglichkeit fort, Schwierigkeiten, welche die herrschende Meinung bei ihrer Auffassung der actio duplex oder, besser gesagt, der reconventio necessaria findet, aus dem griechischen Recht zu eliminieren, während man sie für das römische Recht als ungelöst fortbestehn läfst. In beiden Rechtssystemen wird der Kläger primär den Beweis für seinen Anspruch zu erbringen gehabt haben: wurde der Beweis nicht geführt, so wies der Richter ihn ab, ganz gleich, ob der Beklagte auch seinerseits sich als berechtigten Besitzer erwiesen hatte.

4. Exekution.

ἐ δέ κα νικαθε̃ι ὁ‖ἔκων <τ>ὸμ μὲν ἐλεύθερον λαγ‖άσαι τᾶν πε<ν>τ' ἁμερᾶν, τὸν δὲ δõ‖λ<ον> ἐς κέρανς ἀποδόμεν. ἀι δέ‖κα μὲ λαγάσει ἒ μὲ ἀποδõι δικακ‖σάτο νικε̃ν τõ μὲν ἐλευθέρο‖πεντέκοντα στατέρανς καὶ σ‖τατε̃ρα τᾶς ἁμέρας ϝεκάστ‖ας, πρίν κα λαγάσει, τõ δὲ δόλο‖δέκα στατέρανς καὶ δαρκνὰν‖τᾶς ἁμέρας ϝεκάστας, πρίν κ' ἀ‖ποδõι ἐς κέρανς, ἒ δέ κα καταδι‖κάκσει ὁ δικαστὰς ἐνιαυτõι π‖ράδδέθθαι τὰ τρίτρα ἒ μεῖον‖πλίον δὲ μέ· τõ δὲ κρόνο τὸν δι‖καστὰν ὀμνύντα κρίνεν. αἰ δέ‖κα ναεύει ὁ δõλος, ὃ κα νικαθε̃‖ι καλίον ἀντὶ μαιτύρον δυõν δ‖ρομέον ἐλευθέ-ρον ἀποδεικσάτ‖ο ἐπὶ τõι ναõι ὁπε̃ κα ναεύει, ἒ α‖ὐτος ἒ ἄλλος πρὸ τοτο· αἰ δέ‖κα μὲ καλε̃ ἒ μὲ δείκσει κατισ‖τάτ>ο τὰ ἐ<γρα>μένα. αἰ δέ κα μεδ'‖αὐτὸν ἀποδõι ἐν τõι

[1]) tab. XI, 26—31.

ἐνιαυτõι ‖ τὰνς ἁπλόονς τ<ι>μὰνς ἐπικατ‖αστασεĩ. αἰ δέ κ' ἀποθάνει μ‖ολιομένας τᾶς δί<κα>ς τὰν ἅπλ‖όον τιμὰν κατιστασεĩ. αἰ δ‖έ κα κο<σμ>ίον ἄγει ὲ̓ κοσμιοντο‖ς ἄλλος, ὲ̓ κ' ἀποστᾶι μολε̃ν κ'αἴκ‖α νικαθε̃ι, κατιστάμεν ἀπ'<ἆ>ς‖ <ἁμέρα>ς ἄγαγε τὰ ἐγραμένα. ‖ <τὸ>ν δὲ νενικαμένο κα<ι τὸν κα> ‖ τακείμενον ἄγοντι ἄπατον ἔμεν.‖

Dazu gehört als Nachtrag:

ἄντροπον ὅς κ' ἄγει πρὸ δίκας ‖ αἰεὶ ἐπιδέκεθαι. [1])

wenn er aber | nicht frei gibt oder nicht zurückgibt, so soll er | urtheilen, er ersiege wegen des Freien | 50 Stateren und 1 ‖ Stater für jeden Tag | bis er frei gibt, wegen des Sklaven aber | 10 Stateren und 1 Drachme | für jeden Tag bis er zurückgibt | in die Hände. Wenn aber verurtheilt ‖ der Richter, sollen in Jahresfrist | eingetrieben werden die Dreifachen und weniger, | mehr aber nicht. Wegen der Zeit aber soll der | Richter schwörend entscheiden. Wenn aber | das Asyl eines Tempels aufsucht der Sklave, deswegen er besiegt wird, ‖ so soll er durch Ladung vor 2 Zeugen, | Rennern, Freien nachweisen | beim Tempel, wo er tempelt, entweder er | selbst oder ein Anderer für diesen. Wenn er aber | nicht lädt oder nicht weist, so soll er ‖ erlegen was geschrieben steht. Wenn er aber auch ihn | selbst nicht zurückgibt in dem Jahre, | so wird er die einfachen Werthe dazu | erlegen. Wenn er aber stirbt während | des Prozesses, so wird er den einfachen ‖ Werth erlegen. Wenn aber | ein als Kosmos Regierender wegführt oder auf eines Kosmos Anordnung | ein Andrer, so soll er, wenn er abtritt, processiren, und wenn | er besiegt wird, so soll er erlegen von [dem | Tage ab wo] er wegführte, was geschrieben steht. ‖ [Wer aber den] eines Besiegten und den verpfändeten ‖ wegführt, dem sei es | busselos.

Einen Menschen, wer ihn wegführt vor dem Rechtsstreit, ‖ nehme man immer an sich.

Ohne das Urteil als solches zu erwähnen oder gar zu beschreiben[2]), geht das Gesetz sogleich auf die dem Verurteilten eventuell erwachsenden Verpflichtungen resp. auf die Exekution ein. Diese Thatsache verliert das Auffallende, das ihr etwa anhaften könnte, wenn man bedenkt, daſs die XII Tafeln in Rom nicht anders ein-

---

[1]) XI, 24 f.

[2]) A. M. Zitelmann c. p. 88 f.: „Das Urteil (I, 23—26) enthält den Ausspruch (pronuntiatio), daſs der betreffende Mensch frei oder daſs er Sklave des Besitzers, des Nichtbesitzers sei etc.

gerichtet waren. Ich erinnere an die oben behandelte Stelle aus III, init.:

> aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunto. post deinde manus iniectio esto. in ius ducito. ni iudicatum facit etc.

Auch hier wird das Verfahren genau beschrieben, aber mit Ausschlufs des streng formularen Teils: die Manusinjectionsformel hat in den XII Tafeln offenbar nicht gestanden: die Klagsprüche und was damit zusammenhing, gehörten einer separaten Überlieferung an, die noch lange Zeit Eigentum der eigentlichen Regierungskreise blieb. Ob auch in Gortyn neben unserer und den gleichartigen Rechtsaufzeichnungen eine schriftliche Fixierung der Formeln stattfand, läfst sich nicht hestimmen: es ist wahrscheinlich, dafs die Tradition als solche bestimmte Formen allmählich einbürgerte, ohne dafs dieselben mit der Sorgfalt beachtet und eingehalten wurden, welche das römische Rechtssystem von jeher charakterisiert hat.

Die Exekution des Urteils scheint primär der rechtlich geordneten Selbsthilfe überlassen zu sein:

> *τὸν δὲ νενικαμένο καὶ τὸν κατακείμενον ἄγοντι ἄπατον ἔμεν.* [1])

Will der Sieger diesen Weg nicht einschlagen, so kommt es zu einem äufserst komplizierten System von Geldstrafen, das trotz zahlreicher Erklärungsversuche auch jetzt noch nicht völlig durchsichtig ist, zumal da die berufnen Interpreten in der Deutung des entscheidenden Stichworts: es soll von dem Verurteilten eingetrieben werden binnen Jahresfrist *τὰ τρίτρα ἒ μεῖον, πλίον δὲ μέ* wesentlich von einander abweichen. Dareste [2]) erklärt *τὰ τρίτρα* als ein Drittel, Buecheler und Baunack als das dreifache. Wir schliefsen uns der letzteren Deutung an. Dann ergiebt sich etwa folgende Konstruktion: Der Verurteilte hat eine fünftägige Restitutions- resp. Exhibitionsfrist.[3]) Kommt er in dieser Zeit seiner Verpflich-

---

[1]) cf. Zitelmann c. p. 97 ff.

[2]) l'amende sera du tiers on moindre.

[3]) Simon c. p. 26 f. giebt für diese Frist folgende Erklärung: „Es ist nun gewifs dabei berücksichtigt worden, dafs es zunächst um einen Fall sich handelt, in welchem Gleichheit oder ein Schwanken der Zeugenaussagen herrscht. Man wollte . . . . . dem Kläger ein gewisses Privilegium einräumen, durch Gewährung einer Frist von fünf Tagen, innerhalb welcher sich eventuell das momentane Gleichgewicht verändern konnte!“ Derselbe Schriftsteller erklärt das Exekutionsrecht unsrer Inschrift folgendermafsen

tung nicht nach, so erfolgt ein neues Strafverfahren, welches gleichzeitig eine Litisästimation in sich schliefst: die Versäumnisbufse beträgt 50 resp. 10 Stateren und für jeden Tag der Nichterfüllung 1 Stater resp. 1 Drachme. Für die Exhibition eines Freien mufs im Wege magistratischer Coercition gesorgt sein: unmöglich konnte man dieselbe von dem guten Willen eines Privatmannes abhängig machen. Wann der Beamte das Strafsystem verliefs und zur Exekution schreiten wollte, war seinem diskretionären Ermessen überlassen: *τõ δὲ κρόνο τὸν δικαστὰν ὀμνύντα κρίνεν.* Anders war es in dem einfachen Eigentumsprozefs. Hier konnte man sich wie in Rom durch erhebliche Überzahlung das Eigentum und den Besitz der res litigiosa verschaffen. Diese Überzahlung ist in folgender Weise geregelt: der Beamte darf nach seinem Gutdünken bis zum Ablauf eines Jahres nach erlangter Rechtskraft des Urteils die normierten Geldbufsen verhängen, doch mit der Einschränkung, dafs die Gesamtsumme (exclusive der einmaligen Mult) das Dreifache von dem Taxationswert des Sklaven nicht übersteigen darf. Ist diese Maximalgrenze erreicht, so tritt noch einmal Erlegung des Sachwerts hinzu, und damit sind die Ansprüche des siegreichen Klägers befriedigt: der Verurteilte darf jetzt den Sklaven behalten. Ob die Maximalgrenze am Ende des Jahres, ob sie schon vorher erreicht ist oder erst nachher erreicht werden würde, das richtet sich eben nach dem Wert des Sklaven, in dessen Taxierung der Richter wohl freie Hand hatte: er konnte nicht blofs die etwaigen Fertigkeiten des Streitobjekts, sondern vielleicht auch den vom Kläger glaubhaft bescheinigten Affektionswert in Anschlag bringen. Wenn wir nun den Taxwerth des Sklaven x nennen, so soll die Bufse den dreifachen Wert (3 x) nicht übersteigen, sondern höchstens erreichen. Ferner soll dieselbe nach den speciellen Bestimmungen der Inschrift bestehen aus 10 St. + je 1 Dr. pro Tag, und endlich ist als zeitliche Grenze dieses Systems von Strafzahlung

---

(p. 30): „Nach dem fünften Tage tritt die Geldstrafe von 10 Stateren ein, ein Tag darüber vermehrt dieselbe um eine Drachme u. s. f., bis endlich der Sklave ausgeliefert wird. ⟨ad infinitum?⟩ Gar lange wird eine solche Verzögerung nicht gedauert haben . . . . Der ganze Betrag nun (10 Stateren + Verzögerungsbufse) wurde zu $1/3$ oder weniger (aber nicht mehr) innerhalb eines Jahres von dem Tage an, wo endlich der Sklave zurückgegeben wurde, gerechnet, gezahlt.“! „Die kleinen Raten, $1/3$ oder weniger, der ausdrückliche Zusatz *πλίον δὲ μέ* sind ein hinlänglicher Beweis für die Erfüllung dieser Bestimmung.“!

ein Jahr festgesetzt. Es darf demnach als Strafgeld höchstens gezahlt werden: 10 Stat. + 354 Drachmen = 374 Dr. oder 187 Stat. Dann folgt noch einmalige Erlegung von x, und für $x + < 187$ oder höchstens $x + 187$ gehört das Streitobjekt dem unterlegenen bisherigen Besitzer:

αἲ δέ κα μεδ᾽ αὐτὸν ἀποδõι ἐν τõι ἐνιαυτõι, τãνς ἁπλόονς τιμãνς ἐπικαταστασεῖ.

Beträgt der Wert des Sklaven (x) so wenig, dafs nicht ein volles Jahr mit diesen Strafbufsen vorgegangen werden kann, so müssen dieselben also spätestens an dem Tage sistiert werden, an welchem der dreifache Wert desselben (3 x) erreicht ist. Die Strafgrenze beträgt also einerseits zeitlich 1 Jahr (in Geld 187 Stat.), andererseits sachlich 3 x. Also kann man zusammenfassend sagen: die Maximalgrenze betrug 187 St., falls $3x < 187$ St. war; sie betrug 3 x, falls $3x \geq 187$ St. war.

Innerhalb dieser Grenzen — und darin liegt die Bedeutung unseres Gesetzes [1]) — scheint der Richter die Macht gehabt zu haben, schon früher, wenn ihm eine Veranlassung vorzuliegen schien, mit dem Strafsystem aufzuhören und gegen die einfache Erlegung von x den Verurteilten aller Verpflichtung ledig zu sprechen. Darauf bezieht sich, was den Eigentumsprozefs anlangt, die Wendung:

τõ δε̃ κρόνο τὸν δικαστὰν ὀμνύντα κρίνεν

und gleichzeitig darauf auch die Worte

ἐνιαυτõι πράδδεθθαι τὰ τρίτρα ἒ μεῖον

die auch unmittelbar jenen vorangehn. Wir glauben jetzt den Zusammenhang zu verstehn: von der Zeit, während welcher resp. für welche Bufsen angesetzt wurden, hing eben die Höhe der letzteren ab. Bestimmte der Richter unter eidlicher Beteuerung (nämlich seiner bona fides), es solle die Bufse nicht 354 Tage, wie es gesetzlich in dem gegebenen Fall möglich war, sondern etwa nur 100 Tage angesetzt werden, so war diese nach den Be-

---

[1]) Es entspricht dasselbe grade in seiner wohlthätigen Latitude nicht sowol der gesetzlichen fixierten Litisästimation der Sakramentalklage als der Verurteilung auf quanti ea res est in dem petitorium der Formularklage, wo auch die gutwillige Restitution — resp. was dem gleich steht — nach der, wenn auch nicht formell ausgesprochenen, Entscheidung des Richters von jeder Strafe, ja sogar von der formellen Verurteilung befreit, wo aber der Ungehorsam gegen den arbitratus des Richters, speziell der böswillige, von diesem durch die in seine Willkür gestellte Taxierung des quanti ea res est geahndet werden konnte und gewifs auch oft geahndet sein wird.

stimmungen der Inschrift ziffernmäfsig normiert, nämlich 1 St. + 50 St. + x.

Es bleibt noch die Frage, nach welchem Prinzip etwa der Richter bei einem solchen partiellen Straferlafs verfuhr, resp. aus welchen Gründen ihm das Gesetz diese diskretionäre Vollmacht gegeben haben mag.

Das Wort dieses Rätsels liegt nicht ferne. Die Unterlassung der Restitution kann sehr verschiedene Motive haben. Einen speziellen Fall behandelt die Inschrift episodisch; den der Flucht des Sklaven zum Tempel; eine Scene, die durch die Mysterieninschrift von Andania [1]) bekannt ist. Ein zweiter Fall, der Tod des Sklaven nach Fällung des Urteils aber vor Restitution, wird gleichfalls erledigt und zwar durchaus im Sinne des Systems: es wird (offenbar zu den Tagesbufsen bis zum Tode) die Erlegung des Sachwerts verlangt, ganz wie am Ablauf eines Jahres nach Fällung des Urteils. Daneben aber kann die Auslieferung des Sklaven sich durch andere Gründe verbieten, und zwar ohne dafs ein dolus der Verurteilten vorliegt z. B. durch Flucht an einen unbekannten Ort. Es wäre wol in hohem Mafse unbillig gewesen, hier denselben einem System von Strafen auszusetzen, welches schon durch seine ungemeine Höhe deutlich anzeigt, dafs es in erster Linie zur Brechung des Ungehorsams gegen die Staatsgewalt ersonnen ist. Also in all' den Fällen, in denen der Richter der Ansicht war, dafs die Nichterfüllung des Urteils weniger dem bösen Willen des Verklagten als andern Umständen zuzuschreiben sei, konnte er die Zuerkennung der Tagesbufsen sistieren: ja er hatte sogar die Möglichkeit seiner Auffassung von der relativen Strafbarkeit resp. Verantwortlichkeit des Verurteilten und damit all' den Abstufungen, welche das römische Recht unter den Ausdrücken culpa lata, levis und levissima begreift, in dem früheren oder späteren Termin der Sistierung der Bufsen Ausdruck und Folge zu geben. Man mufs sagen, dafs hier trotz der wenig ausgebildeten juristischen Technik mit geringen Mitteln Grofses geleistet worden ist, nicht weniger als das römische Prozefsrecht in der Blüte seiner Ausbildung erreicht hat [2]).

---

[1]) Zeile 81—85.

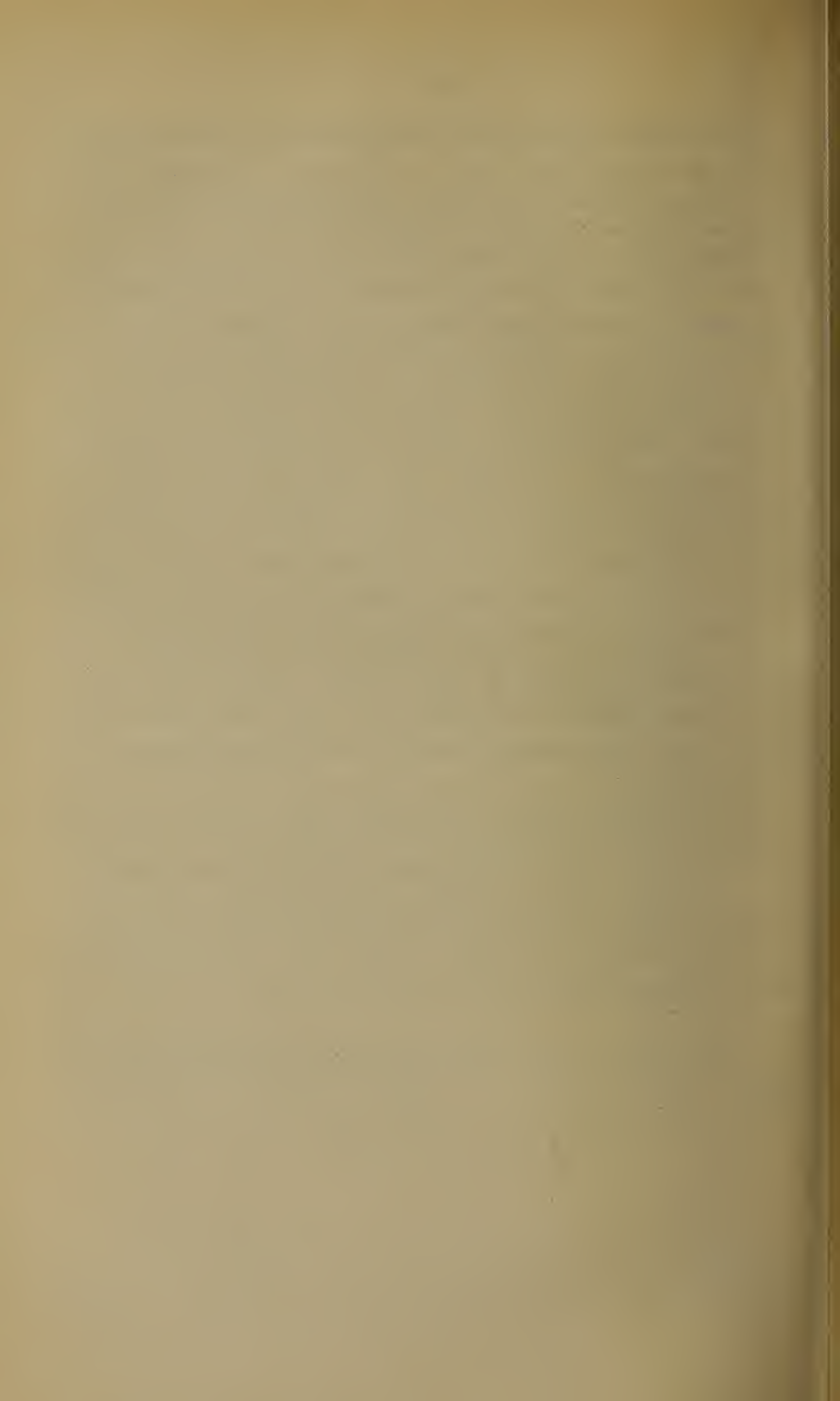
[2]) Ich habe die hier vorgetragene Erklärung der Exekutionsordnung unsrer Inschrift gegeben, ohne mir die Bedenken und Unsicherheiten derselben zu verhehlen, aber doch in der Hoffnung, dafs auf diesem Wege die endgültige Lösung zu erreichen sein wird.

Zum Schlufs mag noch kurz der Abänderung gedacht werden, welche der Prozefs erlitt, sobald ein Kosmos in demselben Partei war: es wird, offenbar im Interesse der Rechtspflege und gleichzeitig des Ansehns der Beamten, angeordnet, dafs in diesem Fall die Verhandlung bis nach dem Amtsantritt des Kosmos vertagt werden soll. Diese Anordnung erstreckt sich auf beide Fälle, sowol wenn der Kosmos Kläger, als wenn er Verklagter sein würde: „Wenn ein Kosmos wegführt oder ein ander *κοσμίοντος*" d. h. den des K., einen Sklaven des Kosmos. Auffällig ist das Fehlen des Artikels, man erwartet *τὸν κοσμίοντος* wie gleich nachher *τὸν νενικαμένο*, allein das Gesetz bietet auch sonst Ungenauigkeiten im Sprachgebrauch. Auf diese Weise würde der Beamte ein Privileg haben, seine Amtszeit hindurch einen Sklaven für sich auszunutzen, allein das Gesetz macht diesen scheinbaren Vorteil sogleich wieder illusorisch, indem es festsetzt, dafs der ehemalige Kosmos im Fall der Verurteilung die Tagesbufsen von dem Moment der ductio an zu erlegen hat: er geht also, und zwar je früher in seiner Amtsperiode die ductio stattfand, desto gründlicher der Rechtswohlthat verlustig, die darin besteht, dafs der Verurteilte, bei zeitiger Sistierung der Strafbufsen durch den erkennenden Richter, nur einen geringen Teil der gesetzlichen Maximalstrafe zu zahlen hat.

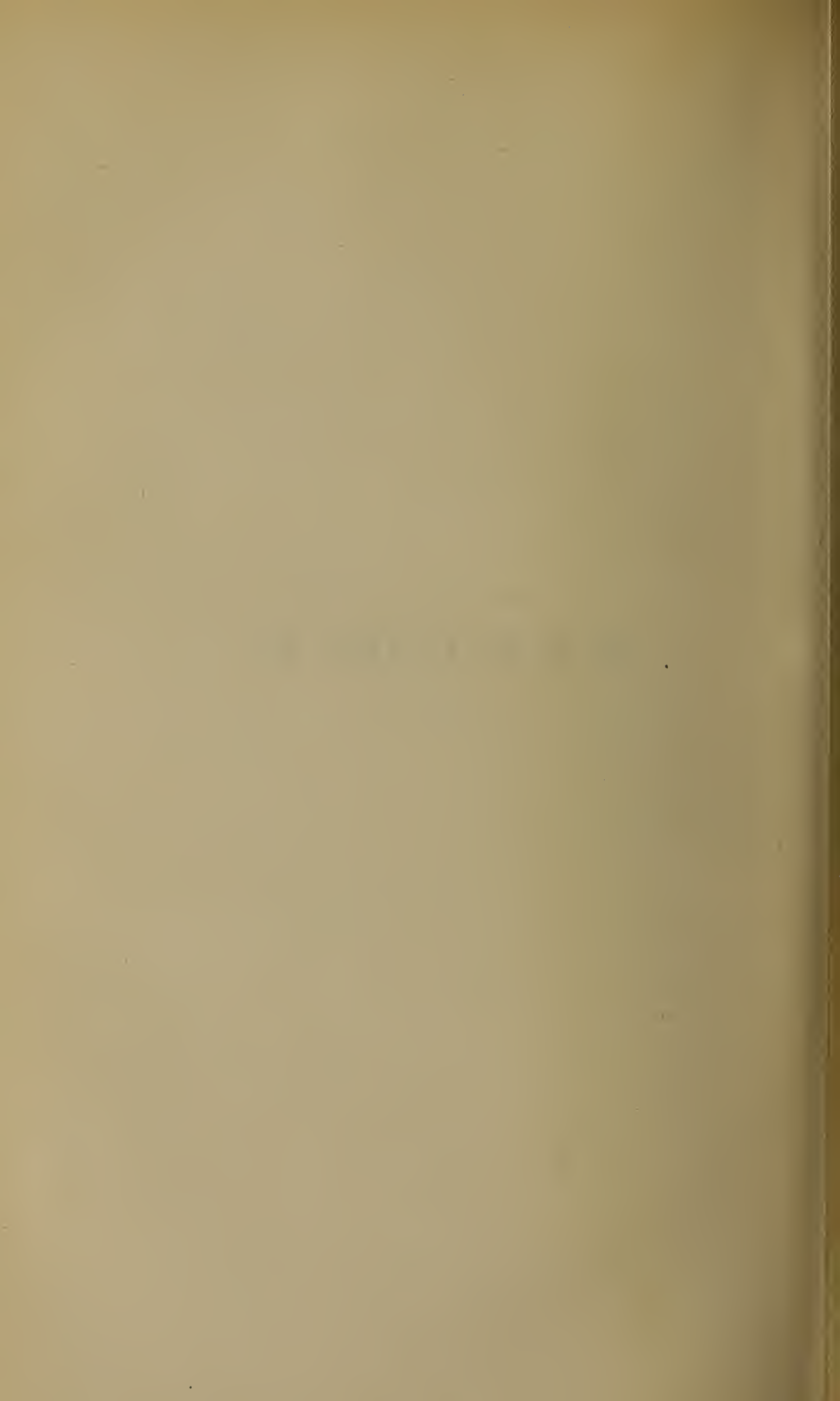
Man könnte an und für sich geneigt sein, aus der eben behandelten Anordnung Zeile 53 f. in Verbindung mit Zeile 35 und 46 zu schliefsen, dafs die Amtsperiode des Kosmos eine einjährige war: doch wäre immerhin möglich, wenn auch mir nicht wahrscheinlich, dafs die allgemeine Bestimmung, die Tagesbufsen dürfen nicht über ein Jahr ausgedehnt werden, gerade auf den Prozefs des ehemaligen Kosmos keine Anwendung fände.[1])

---

[1]) Ich bemerke, dafs die Angabe der Litteratur im einzelnen, da dieselbe relativ neu und daher leicht zugänglich ist, absichtlich unterlassen wurde.



EXKURSE.



Ein Beitrag zum Verständnis der Legisaktionen.[1])

1. Einige Bemerkungen über den Ursprung der possessorischen Interdikte.

Diejenigen, welche einen positiven und konkreten Grund für die Einführung der possessorischen Interdikte zu suchen für nötig hielten, haben die Entstehung des Besitzbegriffs und damit des Besitzrechts entweder an einen speziellen Fall seiner vorausgesetzten Anwendung, nämlich den Schutz der Inhaber von Domaniallland geknüpft oder den Besitz in eine nahe, wenn auch nicht immer gleich aufgefafste Beziehung zum Eigentum gebracht, indem sie ihn als eine Vorstufe desselben ansahen.

Die erstere Theorie ist bekanntlich von Niebuhr ausgesprochen und von Savigny in den späteren Auflagen seiner Monographie rezipiert worden. Sie hat dann das Schicksal gehabt, im ganzen mehr bei Historikern als bei Juristen in Geltung zu stehn[2]): erst in neuester Zeit ist Dernburg für sie eingetreten[3]) und zwar mit der Meinung, in ihr erst den wahren Schlüssel für das Verständnis der römischen Besitzlehre gefunden zu haben.[4])

---

[1]) Der Titel bezieht sich auf den Gesamtinhalt der folgenden Abhandlung.

[2]) Niebuhr R. G. II[2] p. 161 ff. Savigny, Recht des Besitzes p. 198 ff.[7] Marquardt R. St. I p. 100[2] n. 3. Vorsichtig, wenn auch mit offenbarer Hinneigung Schwegler R. G. II p. 425 ff. Ablehnend Puchta c. II. p. 146[8], Rudorff in Z. f. g. R. XI p. 338 und zu Savigny R. d. B. p. 632 f. Bekker in Z. der Savignystiftung V p. 136 ff., bes. p. 143 ff.

[3]) Dernburg, Der juristische Besitz 1883.

[4]) Dernburg c. p. 4: „Wir müssen entweder beweisen, dafs es sich bei jener Hypothese um einen Irrtum, um eine durch den Namen possessio veranlafste, täuschende Ähnlichkeit handelt. Dann erst ist es erlaubt, die Hypothese Niebuhrs von der Untersuchung der römischen Besitzlehre auszuschliefsen. . . . . Oder wir überzeugen uns von der Richtigkeit der N.schen Hypothese; dann ist sie nicht blos äufserlich anzuerkennen, ... vielmehr ist sie dann in den Mittelpunkt der Lehre zu rücken."

Diese Theorie ist bestechend genug: ohne weiteres erklärt sie gerade die schwerwiegendsten Anomalieen des römischen Besitzrechts, den Ausschlufs der exceptio tituli und dominii. Trotzdem glauben wir an der Meinung festhalten zu müssen, dafs diese Auffassung nicht nur in unseren Quellen nicht enthalten ist, sondern dafs diese Quellen bei genauer Interpretation ihr entscheidend widerstreben.

Von den zahlreichen Quellenangaben, die Schwegler anführt, und die meist nichts oder doch nicht das, was dieser Gelehrte aus ihnen entnehmen will, beweisen, hat Dernburg zwei als wirklich beweiskräftig angeführt; auf diese Eigenschaft hin werden wir sie demnach zu prüfen haben.

Es handelt sich zunächst um eine Invektive aus der dritten agrarischen Rede Ciceros [1]):

> „Quae data donata concessa vendita“ patior; audio; quid deinde? „possessa“. haec tribunus plebis promulgare ausus est, ut, quod quisque post Marium et Carbonem consules possidet, id eo iure teneat, quo qui optimo privatum! Etiamne si vi eiecit? etiamne si clam, si precario venit in possessionem? ergo hac lege ius civile, causae possessionum, praetorum interdicta tollentur.

Dernburg erklärt die Stelle folgendermafsen:

„Rullus hatte die Allodifizierung der von Marius zu Lehn ausgegebenen Domänen beantragt, und Cicero stellt sich auf den Standpunkt, dafs unter possessa nur der gegenwärtige, thatsächliche Besitz des Lehnguts verstanden werde, dafs hienach die Rechte derjenigen, denen der Besitz vi clam oder precario entwunden war, verletzt, die Interdikte, welche die Rechte der Vorbesitzer schützten, umgestürzt würden.“

Bei dieser Deutung wäre allerdings der Beweis, dafs die Staatslehen durch die possessorischen Interdikte geschützt wurden, nahezu erbracht. Allein schon an und für sich mufs es bedenklich machen, dafs jene Unterstellung Ciceros eine Albernheit wäre, die nicht blofs auf diesen selbst ein sonderbares Licht würfe, der freilich in civilistischen Dingen Unglaubliches geleistet hat, sondern noch mehr auf die Nation und am meisten auf die Antragsteller selbst, denen eine so unsinnige Argumentation ungestraft zugemutet werden konnte. Und wollte man das alles hinnehmen, so bliebe doch das Bedenken,

---

[1]) Cic. de lege agr. III, 3, 11. Dernburg c. p. 29 ff.

dafs Cicero von concessa schon vorher gesprochen hat: dies ist aber gerade nach Dernburgs Meinung der terminus technicus für die Gestattung der Okkupation von Staatslehn in der Form des precarium, als welches derselbe im Anschlufs an Mommsen[1]) den Dominialbesitz konstruiert. Also es werden hier concessa und possessa unterschieden, und was das Schlimmste ist: nicht die Bestimmung der concessa zum definitiven Privateigentum erweckt den Zorn des Redners, sondern die der possessa!

Hienach wird man versuchen müssen, die Stelle anders zu erklären.

Rullus hat sicher die Allodifizierung der Domänen beantragt, das liegt in dem Wortlaut (concessa): die „possessa post Marium et Carbonem“, welche „ut optimo iure privata“ angesehn werden sollen, scheinen anzudeuten, dafs Rullus eine Konsolidierung der durch die doppelten Proskriptionen und die Wirren der Revolution ins ungewisse geratnen Verhältnisse derart beabsichtigte, dafs er ein Normaljahr festsetzte, welches in Streitigkeiten als Ausgangspunkt sollte betrachtet werden, etwa wie man im Westfälischen Frieden derart auf das Jahr 1629 zu rekurrieren beschlofs. Es kann hier nicht die Aufgabe sein, die geschichtlichen Konsequenzen dieser Deutung zu verfolgen: allein wir glauben jetzt die Erregung Ciceros zu verstehn, der in der That ein Gesetz von einschneidender Tragweite vor sich hatte, und begreifen dann auch den Einwand, den er macht: nach dem Antrag des Rullus sollen allerdings die Exceptionen vitiosae possessionis wie überhaupt alle Ansprüche und Besitztitel auf liegende Gründe nur in dem Umfange geltend gemacht werden dürfen, als es sich mit dem Prinzip seines Antrags verträgt. Ist diese Deutung richtig, so ist der Ausdruck possessa im weitesten Sinne zu nehmen und jeder Besitztitel ohne Ausnahme darin einbegriffen.

Damit würde die Stelle aus unsrer Untersuchung auszuscheiden haben[2]).

---

[1]) Mommsen, Staatsrecht I p. 163², 1. II p. 446, 1. Dernburg c. p. 6 f. Bekker l. c. sucht dieser Konstruktion mit dem Hinweis auf die zahlreichen Differenzen, welche sich zwischen dem Domanialbesitz und dem eigentlichen Precaristenbesitz finden, den Boden zu entziehn. Eigentlich hat D. schon im voraus darauf geantwortet, indem er einen Teil dieser Differenzen anführt und von vorne herein konstatiert, dafs naturgemäfs die Leihe vom Staat anders entwickelt ist, wie die vom Privatmann. Die ganze Kontroverse hat auf die vorliegende Frage übrigens keinen Einflufs.

[2]) Ich will nicht unterlassen, darauf hinzuweisen, dafs eine solche Fest-

Die zweite Stelle ist die Definition der possessio bei Aelius Gallus nebst der älteren Interdiktenformel, welche bei Festus[1]) erhalten ist:

> Possessio est, ut definit Gallus Aelius, usus quidem agri aut aedificii, non ipse fundus aut ager; non enim possessio est ⟨e⟩ rebus quae tangi possunt ⟨nec suum⟩ , qui dicit se possidere, is vere potest dicere. Itaque in legitimis actionibus nemo ex his, qui possessionem suam vocare audet, sed ad interdictum venit, ut praetor his verbis utatur: Uti nunc possidetis eum fundum q(uo) d(e) a (gitur), quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis ⟨quo minus⟩ ita possideatis, adversus ea vim fieri veto.

Allerdings konzipiert die hier erhaltene Interdiktenformel auf fundum, die der Digesten auf aedes; allein wahrscheinlich existierten beide in dem prätorischen Edikt neben einander zum jedesmaligen Gebrauch, und Aelius Gallus wählte die eine willkürlich zu seinem Beispiel. Zudem spricht der Antiquar, wie auch Dernburg selbst bemerkt, hier keineswegs von dem staatlichen Lehnbesitz, sondern vom Grundbesitz im allgemeinen.

Man wird demnach annehmen müssen, dafs das magistratische Imperium in der älteren Zeit den Besitzer von staatlichem Domanialland in seiner Rechtssphäre geschützt hat und ist zu dieser Annahme umsomehr gezwungen, als jedenfalls, wie hoch man auch die possessorischen Interdikte hinaufrücken wollte, ein langer Zeitraum, sogar in einer relativ historischen Epoche, gedacht werden müfste, in welchem die Dominialbesitzer doch auf die Staatsgewalt als solche zum Schutz ihres Besitzes angewiesen waren[2]).

Endlich wenn man auch die Anwendung des V. P. auf die Domänenbesitzer im weitesten Umfang zugeben wollte, was würde daraus für die Domanialtheorie selber folgen, d. h. für die Her-

---

setzung von Normaljahren, wie überhaupt die Regelung der Bodenverhältnisse gerade in der Sullanischen Epoche auch sonst bezeugt ist; vergl. die Inschrift von Ephesos bei Dittenberger, Sylloge 344. — Die Unterscheidung von concessa und possessa in der Ciceronischen Stelle findet sich bereits bei Bekker.

[1]) Festus sub possessio p. 233 M. cf. Bruns-Mommsen fontes p. 353 f.

[2]) Nur beiläufig mag noch darauf hingewiesen werden, dafs bei der Dominialtheorie das Interdictum Utrubi, das naturgemäfs seine Stelle neben dem Uti Possidetis hat d. h. haben soll, in der Luft schwebt.

leitung des Uti possidetis aus dem Schutz des prekarischen Laſsbesitzes? Fast scheint es, als ob Dernburg diese beiden heterogenen Dinge identifiziert hat. Der „Quellenzeugnisse" überschriebene Abschnitt seiner Untersuchung beginnt mit den Worten: „Die Ergebnisse, welche sich uns aus der Gestaltung des Verfahrens im interdictum uti possidetis aufdrängen" — nämlich daſs dasselbe zum Schutz des Lehnbesitzes eingeführt war — „werden durch gewichtige Zeugnisse aus der republikanischen Periode bekräftigt." Aus den nun folgenden Zeugnissen — es sind die oben besprochenen Stellen des Festus und Cicero — sucht aber der Verfasser selber gar nichts anderes zu entnehmen, als daſs jenes Interdikt dem Schutz des Laſsbesitzes gedient habe, und in der That kann, wenn überhaupt etwas, höchstens dieses aus ihnen gefolgert werden: er schlieſst diesen Abschnitt aber trotzdem wieder mit den Worten: „So erscheint das auch äuſserlich beglaubigt, was sich uns fast mit zwingender Gewalt aus dem Interdiktverfahren ergab."

Dieses so lebhaft vom Verfasser betonte Moment wird schlieſslich noch zu prüfen sein. Dernburg geht von der hergebrachten Annahme aus, daſs die Sakramentalklage eine actio duplex in dem Sinne war, daſs beide Parteien in gleichem Maſse beweispflichtig und überhaupt prozessualisch gleichgestellt waren. Dieselbe Eigentümlichkeit findet er in der Duplizität des Uti possidetis wieder. In entsprechender Weise scheinen ihm auch die Spezialitäten des Interdiktenverfahrens denen der Vindikation nachgebildet zu sein, und er folgert daraus, daſs, wie die actio sacramento zur Vindikation des Allods, so das Uti possidetis zur Vindikation des prekarischen Lehnbesitzes eingeführt sei.

Allein diese Konstruktion fällt — um von anderem zu schweigen, worauf D. nicht eingegangen ist — mit dem von Eck[1]) geführten Nachweise, daſs gerade die ältere Form des Interdikts die eines interdictum simplex war, wovon sich bis die Digesten eine Spur erhalten hat.[2]) Davon abgesehen, enthält die spezielle Technik der beiden Prozesse wohl manche Anklänge, aber keine absolute Gleichheit. Unstreitig beginnt die Sakramentalklage mit einer

---

[1]) Eck, Doppelseitige Klagen, bes. p. 30 ff.

[2]) L. 1 § 5 D. 43, 17: Perpetuo autem hoc interdicto insunt haec: „quod nec vi nec clam nec precario ab illo possides." Dies ist eben die Fassung der Formel bei Festus, also die ältere Redaktion.

Scheingewalt (vis civilis), kraft deren beide Parteien Eigentum beanspruchen, und zweifellos ist alsdann Prozeſsgegenstand das von beiden deponierte Sacramentum, die in iudicium deduzierte Frage aber die, utrum Agerius an Negidius iniuria vindicaverit. Allein vergleicht man damit den Interdiktenstreit, so findet man nicht 2 Poenalsummen, sondern 4, nicht 2 Prozeſsbehauptungen, sondern in dem regulären Gang 4. Dies zeigt Gaius[1]) Bericht selbst ganz deutlich: postea alter alterum sponsione provocat, quod adversus edictum praetoris possidenti sibi vis facta sit et invicem ambo restipulantur adversus sponsionem.

Hiernach bildet der Interdiktsprozeſs eine Verdoppelung der Sakramentalklage: Wir haben von jeder Partei die Prozeſsbehauptung nebst infitiatio des Gegners. Zieht man aber die von Eck höchst wahrscheinlich gemachte, gleichfalls mögliche Form des interdictum simplex zum Vergleich heran, so haben wir in dem letzteren einfache Prozeſsbehauptung mit infitiatio des Gegners, in der actio sacramento dagegen Behauptung und Gegenbehauptung ohne infitiatio. Von einer besonderen Ähnlichkeit oder gar davon, daſs das eine Rechtsmittel Vorbild des anderen gewesen sei, dürfte danach nicht die Rede sein.

Aus der komplizierten Technik des Interdikts aber Schlüsse zu ziehen, ist bedenklich. Dernburg, der sie als Argument gegen die Präjudizialtheorie benutzt, bemerkt: „Hätte man eine Prämie darauf gesetzt, ein Verfahren zu erfinden, welches die Entscheidung über jene präparatorische Frage am meisten verwickelte, unter den gröſsten Umschweifen erledigte — wahrlich sie wäre reichlich verdient gewesen.“ Allein verwickelt und voller Umschweife war das Interdikt auch nach Dernburgs Annahme, nur das Ziel der Klage wird von ihm verändert. Er selbst freilich sieht darin eine Nachahmung des alten Vindikationsritus: es habe die Verbrämung mit solchen Dingen nun einmal zu dem Prozeſs über römisches Eigen nach der Empfindung jener Zeit gehört, man habe die Formalitäten der echten Vindikation womöglich nach übertrumpfen wollen. „Der Emporkömmling macht eben die Manieren des vornehmen Mannes aus altem Geschlecht nicht nur nach, sondern sucht sie zu überbieten.“ Ich bekenne, daſs mir diese Auffassung jene Formen weniger ernsthaft zu nehmen scheint, als sie es doch vielleicht verdienen möchten. Den Legisaktionsprozeſs hat man eben seiner Weitläufigkeit wegen

---

[1]) Gaius IV, 166.

relativ früh fallen lassen: die Interdikte, deren Entstehung gerade in die Zeit der sinkenden Legisaktionen fällt, nicht bloſs festgehalten, sondern auf ein immer gröſseres Gebiet ausgedehnt und erweitert, ohne auf eine Verkürzung dieses Verfahrens in der klassischen Zeit Bedacht zu nehmen.

Die Verbindung von Besitzesschutz und Eigenthumsschutz ist eindringend von Ihering[1]) und Krueger[2]) einerseits und von Bekker[3]) andrerseits vertreten worden. Die ersteren statuieren jenen Zusammenhang vom Standpunkt des Civilrechts: Ihering nennt den Besitz realistisch ein Vorwerk des Eigentums, Bekker vom Standpunkt des Civilprozeſsrechts: er möchte den Besitzstreit, das possessorium, als Vorwerk des Eigentumsstreits, des petitoriums, bezeichnen. Somit lassen sich diese Ansichten, deren Verschiedenheiten man nicht zu verkennen braucht, immerhin den prinzipiell entgegengesetzten Theorien als eine einheitliche Auffassung entgegenstellen, umsomehr als auch Ihering das prozessuale Moment keineswegs auſser acht läſst. Denn er sieht im Besitzer zwar a priori den präsumtiven Eigentümer, betont aber ausdrücklich, daſs der Schutz des Besitzes eine notwendige Ergänzung des Eigentumsschutzes sei, eine zunächst nur dem Eigentümer zugededachte Beweiserleichterung, die nur abusivisch und gegen den eigentlichen Willen des Gesetzes auch dem Nichteigentümer zu gute kommt, wie z. B. auch das notwendige und heilsame Prinzip der Rechtskraft des Urteils im einzelnen Fall einem thatsächlich ungerechten Urteil zur Rechtskraft verhelfen kann und muſs.

Wir glauben nicht, dieser Auffassung neue und entscheidende Momente entgegenstellen zu können, meinen aber als persönliche Überzeugung aussprechen zu sollen, daſs gerade an den wesentlichsten Stellen unsrer Überlieferung der Besitz eher im Gegensatz zum Eigentum, denn als dessen Vorstufe erscheint. Nicht nur daſs den Zwang, auf das possessorium die Eigentumsklage folgen zu lassen, schwerlich jemand der unterliegenden Prozeſspartei wird aufdrängen wollen: vom Standpunkt der Praxis wie unsrer Quellen selbst, wenn man sie genau interpretiert, kann der Besitzprozeſs nur im Gegensatz zur Vindikation seine eigentliche

---

[1]) Ihering, Über den Grund des Besitzesschutzes in seinem Jahrb. IX p. 44 ff.

[2]) Krueger, kritische Versuche 1870 p. 74 ff.

[3]) Bekker, Recht des Besitzes 1880 p. 92 ff. u. Z. der Savignystiftung V p, 136 ff.

Stellung erhalten. Die Arten des Besitzerwerbs sind ganz andere als die des Eigentumserwerbs: es können zwei Parteien, mit Recht oder Unrecht, sich juristischen Besitz zuschreiben, ohne dafs eine von ihnen daran denkt, auch Eigentum zu beanspruchen. Dieser Satz, der in gewissem Umfang noch heute wahr ist, gilt in viel höherem Grade von Altrom, wo das Festhalten an der Form die Erwerbsarten civilen Eigenthums in erheblicher Weise beschränkte. Dafs diese Auffassung nicht von uns Modernen in das Altertum hineingetragen wird, zeigt unsere älteste Quelle über römisches Besitzrecht, der Auszug aus Aelius Gallus bei Festus, welcher oben citiert ist.

Hier und nicht blofs hier [1]) finden wir den Besitz gerade im Gegensatz zum Eigentum. Gerade weil Besitzrecht als solches dem ältesten Civilrecht fremd ist, welches von dinglichen Rechten nur Eigentum und Servituten kennt, hat die prätorische Jurisprudenz das Interdiktenrecht ebenso wie das bonitarische Eigentum dem quiritischen entgegengestellt. Und richtig betrachtet ergeben auch die von den Gegnern mit besonderer Vorliebe citierten Auslassungen von Gaius [2]) und Ulpian [3]) nichts, was diese Auffassung ent-

[1]) Nach dem Vorgang v. Savigny c. p. 201 citiert Dernburg für die Gegensätzlichkeit von Besitz und Eigentum eine Auslassung von Javolenus: L. 115 D. 50, 16: quicquid apprehendimus, cuius proprietas ad nos non pertinet aut nec potest pertinere, hoc possessionem appellamus. Später, als das Eigentum seine Exclusivität zum grofsen Theil einbüfste, verlor dieser Gegensatz seine Schärfe; für diese Epoche könnte man die abweichenden Ausführungen von Bruns Besitzklagen p. 10 ff. acceptieren. Wichtig ist auch, dafs die Anstellung der petitorischen Klage nicht als Verzicht auf das Uti Possidetis angesehen wird. cf. Savigny c. p. 391 ff.

[2]) Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia est et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat; cuius rei gratia comparata sunt VTI POSSIDETIS et VTRVBI. — — — Et siquidem de fundo vel aedibus interdicitur, eum potiorem esse praetor iubet, qui eo tempore, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario ab adversario possideat etc. Gaius IV, 148 ff.

Dieselbe Ausführung findet sich in etwas verkürzter Gestalt in den Institutionen wieder, welche aber dann ihrerseits die Wichtigkeit des Besitzes im petitorium ausführlich darlegen: Namque nisi ante exploratnm fuerit. utrius eorum possessio sit, non potest petitoria actio institui, quia et civilis et naturalis ratio facit, ut alius possideat, alius a possidente petat. et quia longe commodius est possidere potius quam petere, ideo plerumque et fere semper ingens existit contentio de ipsa possessione. commodum autem possidendi in eo est, quod etiam si eius res non sit, qui possidet, si modo actor non

kräften könnte. Denn wenn Ulpian als causa interdicti proponendi anführt „quod separata possessio esse debet a proprietate", so liegt in diesem allgemeinen und umfassenden Prinzip eher eine Ablehnung als eine Annahme der Präjudizialtheorie; wenn die Absicht vorlag, dem Besitzrecht eine selbständige Stellung dem Eigentumsrecht gegenüber zu verleihen — Ulpian will nicht possessorium und petitorium trennen, sondern in erster Linie Besitz und Eigentum —, so konnte unmöglich der Besitzschutz an die Voraussetzung geknüpft werden, daſs der Schutzsuchende nicht bloſs Besitz, sondern auch Eigentum beanspruchen werde, wie das ja auch faktisch nicht geschehen ist. Das etwa nachfolgende petitorium war vom Standpunkt des Besitzprozesses etwas rein Zufälliges. Daſs dies Ulpians Auffassung ist, ergiebt sich aus dem Verlauf der Stelle: von jener allgemeinen causa proponendi interdicti unterscheidet der Jurist die causa reddendi interdicti d. h. des einzelnen im Spezialfall: Est igitur hoc interdictum retinendae possessionis, nam huius rei causa redditur, ne vis fiat ei, qui possidet . . . . . tuetur, ne amittatur possessio. Der Prätor erläſst also ein allgemeines Verbot gegen jede Besitzstörung und giebt eben damit seine Absicht zu erkennen, den Besitz als solchen ohne jeden Nebengedanken zu schützen. Ob ein Eigentumsprozeſs sich an den Besitzstreit anschlieſst, ist für die Auffassung desselben dogmatisch gleichgültig. In der geschichtlichen Seite der Frage kann man auf Gaius' Angabe hin zugeben, daſs einer von den Gründen, welche den Besitzesschutz nahelegten, der Streit über die Parteirollen in der Eigentumsklage gewesen sein mag, obwohl man hierbei nicht vergessen darf, daſs Gaius streng genommen nur von der praktischen Übung [1]) der Interdikte

---

poterit suam esse probare, remanet suo loco possessio; propter quam causam, cum obscura sint utriusque iura, contra petitorem iudicari solet. § 4 J. IV, 15.

[3]) Ulpian im Ediktskommentar, L. 1 §§ 2, 3 D. V. P. 43, 17: Huius autem proponendi interdicti causa haec fuit, quod separata possessio esse debet a proprietate; fieri enim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit; fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit. — Inter litigatores igitur, quotiens est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores, uter possessor sit uter petitor, aut non convenit; si convenit absolutum est: ille possessoris commodo, quem convenit possidere, ille petitoris onere fungetur. Sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alter uter se magis possidere affirmat, tunc, si res soli sit, in cuius possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur.

[1]) Die Betonung des Unterschiedes von interdictum propositum u. redditum zuerst bei Bruns c. p. 19—27. Br. betrachtet als causa interdicti pro-

zu präparatorischen Zwecken spricht: selbst die Wendung: huius rei comparata sunt Uti Possidetis et Utrubi kann für Gaius zunächst nur bedeuten, dafs die für ihn mafsgebende Rechtsquelle, das Edictum perpetuum, diese Rechtsmittel und zu diesem Zweck aufgestellt hat. Dafs dieser Zweck in späterer Zeit mehr hervortrat, hängt mit der Entwicklung des Eigentumsrechts zusammen, welche es ermöglichte, dafs zahlreiche anfangs petitorische Hilfsmittel rein possessorisch verwandt werden konnten; ich erinnere an die Publiciana u. a.

Dies sind die beiden Besitztheorien, welche von der Annahme konkreter Gründe des Besitzesschutzes ausgehn. Dasselbe kann von den sonst noch geltend gemachten nicht gesagt werden: dieselben sind so allgemein gehalten, dafs sie implicite das ausdrücken, was denn auch als der eigentliche Standpunkt der modernen Besitzeslehre bezeichnet werden darf: dafs vom Standpunkt des römischen Rechts ein spezieller Grund des Besitzesschutzes nicht zu entdecken ist. Bruns [1]) führt einmal eine Bemerkung eines von ihm nicht genannten Freundes an, freilich ohne sie zu billigen: „warum der Besitz geschützt werde, sei gleichgültig; es komme nur darauf an, dafs er geschützt werde, er sei zwar an sich ein Faktum, allein das Gesetz habe ihn aus irgend welchen legislativen Zweckmäfsigkeitsgründen, die sich nicht genau spezialisieren liefsen, bis auf einen gewissen Grad mit rechtlichem Schutze versehen und hiermit insofern für ein Recht erklärt.“ Über diesen Satz ist eigentlich die moderne Theorie nicht hinausgekommen, und wenn Bruns [2]) seinerseits eine neue Doctrin auf den Satz von Paulus [3]) aufbauen will:

> Possessor hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet quam ille, qui non possidet,

so scheint diese Stelle lediglich jene Auffassung zu bestätigen, dafs im Besitz das Gewaltverhältnis als solches geschützt werden sollte [1])

---

ponendi d. i. der Einführung desselben die Trennung der Besitzfrage vom Eigentum (Ulpian sagt nur des Besitzes vom Eigentum) im Sinne Iherings; als causa reddendi interdicti d. i. des Erlasses in jedem Spezialfalle die Verhütung von Gewalt und kommt so zu dem befremdenden Resultat, dafs der Erlafs des Spezialinterdikts ein umfassenderes Prinzip zur Ursache hat, als der allgemeine Einführungsgrund des Interdikts selbst. cf. p. 23. Man wird doch wol eher das Umgekehrte erwarten.

[1]) Bruns, Besitzklagen, p. 273.

[2]) Bruns c. p. 263—299, bes. p. 273 ff.

[3]) L. 2 D. 43, 17.

und dieser Annahme gleichzeitig die Bruns'sche keineswegs zu widersprechen. Wenn man jenen Gedanken als den Mittelpunkt der Besitzlehre festhält, so finden die Eigentümlichkeiten derselben, soweit wir sehen können, ihre volle Erklärung. Wollte man den Besitz als solchen schützen, so war der Ausschlufs aller petitorischen Einreden ebenso wie der vitiöser Besitzerlangung von einem dritten notwendig; sonst hätte man im ersteren Fall den Eigentumsprozefs eingewickelt in den Besitzprozefs, im zweiten Fall aber eine Kognition über Dinge erhalten, die ganz aus dem Rahmen der Streitfrage fielen: hatte der Beklagte die Sache eines Dritten gestohlen, so mochte sich dieser melden und einschreiten: auf das Recht des Klägers konnte dieser Umstand doch nicht den geringsten Einflufs ausüben, und Sache des Richters im Civilprozefs ist es nicht, die objektiven Rechtsverhältnisse einer Sache der ganzen Welt gegenüber, sondern die subjektive Berechtigung der beiden Prozefsparteien festzustellen. Der Schutz des Besitzes hat die Ermittelung desselben zur notwendigen Voraussetzung: während daher im allgemeinen in jedem anderen Civilprosefs die eine (klagende) Partei einen Anspruch und zwar der anderen (beklagten) Partei gegenüber erhebt, den zu erfüllen diese sich weigert, so haben wir in dem zweiseitigen Possessorium zwei Parteien, die nicht etwa denselben rechtlichen Anspruch erheben, denn in diesem Falle hätte wieder die in der Ausübung ihres Rechts thatsächlich behinderte Partei gegen die hindernde zu klagen, sondern die denselben thatsächlichen Zustand behaupten und in diesem auf Grund der Thatsächlichkeit geschützt zu werden verlangen.[1]) So verstehen wir die Zweiseitigkeit der reinen Besitzklage als etwas, was ihrem innersten Wesen immanent ist: denn da beide Parteien denselben Zustand behaupten, so wäre es Unrecht, eine von ihnen im Beweise zu bevorzugen.

2. Kontravindikation und Vindizienregulierung.

Die Beschreibung der Sakramentalklage bei Gaius[2]) lautet:

Si in rem agebatur mobilia quidem et moventia, quae modo in ius adferri adducive possent, in iure vindicabantur ad hunc mo-

---

[1]) Dem Besitzer wird der vi clam precario vom Gegner um den Besitz Gebrachte durch iuristische Fiction gleichgestellt. Daher die bekannte Lehre von der possessio duorum in solidum: der deizirte, der nur noch animo den Besitz retinirt, wird dem vitiös besitzenden Deizienten gleichgestellt.

[2]) Gaius IV, 16.

dum: qui vindicabat, festucam tenebat, deinde ipsam rem adprehendebat velut hominem et ita dicebat: Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam, sicut dixi; ecce tibi vindictam imposui, et simul homini festucam imponebat. adversarius eadem similiter dicebat et faciebat. cum uterque vindicasset, praetor dicebat: mittite ambo hominem. illi mittebant. qui prior vindicaverat <aiebat>[1]: postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris. ille respondebat: ius peregi sicut vindictam imposui. deinde qui prior vindicaverat dicebat: quando tu iniuria vindicavisti, *D* aeris sacramento te provoco. adversarius quoque dicebat similiter:[2] et ego te. Scilicet <si de re maioris quam *M* aeris agebatur *D*, si de minoris> *L* asses sacramenti nominabant.[3] Deinde eadem sequebantur, quae cum in personam ageretur.

Das erste, was an dieser Darstellung auffallen mufs, ist die Thatsache, dafs beide Prozefsparteien zu derselben positiven Prozefsbehauptung gezwungen sind: Vindikant wie Kontravindikant haben „hanc rem meam esse aio" etc. auszusprechen. Diese Thatsache hat so zahlreiche Schwierigkeiten im Gefolge und widerspricht dem altrömischen Prinzip, dafs Beklagter ohne positive Behauptung resp. Beweis durch blofses Negieren seiner Verteidigungspflicht genügt, derartig, dafs eine Fülle von Versuchen gemacht worden ist, diese Kontravindikation entweder zu erklären oder unschädlich zu machen: ja es hat nicht an dem Versuch gefehlt, dieselbe einfach aus der Welt zu schaffen. Indem wir dieses letztere Bestreben zunächst auf sich beruhen lafsen, unterscheiden wir in der Auffassung der Eigentumsgegenbehauptung drei verschiedene Theorieen.

Die herrschende Meinung entnimmt aus der Gleichheit der beiden Prozefsbehauptungen die volle Gleichheit der Prozefsparteien, denen hiernach beiden die gleiche Beweislast obliegt. Am schärfsten formuliert Eck: „Im römischen Sakramentalprozefs gehörte es zur Verteidigung des Beklagten, dafs er zugleich als

---

[1]) So Brinz, Zur Contravindication 1877 p. 107. Lotmar, Legis actio p. 140: dicebat. Anders Huschke, über dessen weitgehende Aenderungen ich ganz so wie die eben Genannten denke.

[2]) Similiter wird meist zur Formel gezogen. Lotmar c. p. 46 ff.

[3]) So Krueger-Studemund. Andere anders. Die Stelle hat etwas Befremdendes. Lotmar, kritische Studien p. 102 ff. hält sie für ein Glossem.

Ein Versuch, die Duplicität herzustellen, bei Eisele, krit. Vierteljahrsschrift 1877 p. 517 ff.; dagegen aufser Lotmar l. c. Brinz c. p. 109 f.

Widerkläger mit allen Rechten und Pflichten eines solchen auftrat." [1])

Die andere Theorie sieht in der positiven Gegenbehauptung des Beklagten ein wesentlich formales Element, das man auf verschiedene Weise zu erklären sucht, dem man aber keinen Einflufs auf die Gestaltung des Prozesses einräumt: vielmehr nimmt man die Trennung der Parteirollen als etwas von vornherein Gegebnes und betrachtet den Beweis seines Besitztitels als Sache des nichtbesitzenden Klägers[2]).

Eine dritte Theorie, welcher die Bedeutung ihrer Vertreter — es sind zum Teil die Begründer des römischen Civilprozefsrechts gewesen — früher eine grofse Verbreitung verschafft hatte, ging dahin, dafs durch die Erteilung der Vindizien die Trennung der Parteirollen in die des Klägers und des Beklagten geschehen sei: diese Meinung dürfte heute, obwol noch von gewichtigen Vertretern an ihr festgehalten wird[3]), als durch wesentliche Gründe widerlegt gelten[4]).

Hervorgerufen ist die erste Theorie, wie schon bemerkt, durch die Thatsache, dafs auch der Beklagte, der Kontravindikant, mit der positiven Eigentumsgegenbehauptung aufzutreten hatte: ihre Stütze

---

[1]) Eck, doppelseitige Klagen 1870 p. 150 cf. p. 7—27. Derselben Meinung Karlowa, Civilprozefs p. 85 f. Krueger, Kritische Versuche p. 74 f. Ihering, Geist III p. 93 (in der zweiten Auflage und nach der Kritik von Eck); Brinz, Zur Contravindication 1877 p. 95—146.

[2]) So wie es scheint Huschke, Gaius p. 188, wenn auch unter Verquickung mit der dritten Theorie. Goeppert, krit. Vierteljahrsschr. XIV p. 532 ff. Leist, Erbschaftsbesitz p. 131 f. 139 f. Muenderloh, Z. f. R. XIII p. 445 ff. Ihering, Geist III p. 92 der ersten Auflage.

[3]) Keller p. 68; Bethmann-Hollweg I p. 144; ihnen folgten Wetzell, Vindication p. 5 ff.; Huschke, Multa p. 459; Bekker, Aktionen I p. 207 ff. Die Litteraturangaben bei Wach zu Keller p. 64 u. 68 f. behandeln die zweite und dritte Theorie als identisch: eine Anordnung, die das volle Verständnis der Frage erschwert.

[4]) Zuerst geltend gemacht von Eck, c. p. 10 ff. cf. Karlowa, Beiträge p. 53. Civilprozefs p. 85 f. Krueger, Versuche p. 74.

Gaius IV, 16: Postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat id est aliquem possessorem constituebat eumque iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum. Die Tragweite von Gaius' Ausdruck sucht abzuschwächen Bekker in Z. der Savignystiftung V p. 136 ff.: es seien die Worte dieses Schriftstellers von ihm selbst nicht erwogen und daher von den Modernen nicht zu urgieren. Sonst hätte Gaius von zweien nicht sagen können: aliquem. Allein gerade mit diesem aliquem (irgend einen machte er zum Besitzer) wird die absolute Willkür des Beamten auch sprachlich in der denkbar schärfsten Weise betont.

entnimmt dieselbe nicht zum wenigsten aus der von Gaius an der mitgeteilten Stelle bezeugten prinzipiellen Willkür der Vindizienregulierung. Daraus deduziert Brinz[1]) mit scheinbarem Recht, dafs der Besitz des Beklagten in dem Prozefs als nicht vorhanden oder als rechtlich irrelevant betrachtet worden sei. Ist das richtig, gilt auch der Beklagte beim Beginn des Prozesses nicht als Besitzer, dann müssen beide Parteien gleichmäfsig Eigentum behaupten und beweisen. Damit geben wir allerdings den Grundgedanken der späteren Vindikation, wie ihn die petitorische Formel der zweiten Periode zeigt, aus der Hand: Eigentum und Besitz kann ich prinzipiell nur von jemandem durch Klage erlangen wollen, den ich als thatsächlichen Besitzer anerkenne. So kommen wir denn auf diesem Wege bei korrekter juristischer Konstruktion zur Auffassung der dinglichen Sakramentalklage als einer Feststellungsklage, einer notwendigen Verbindung von Klage und Widerklage. Der Klagantrag des Klägers und Widerbeklagten geht dann sachlich auf die Verurteilung des Beklagten und Widerklägers zur Anerkennung des klägerischen Eigentums[3]) und umgekehrt.

Als das wesentlichste Hindernis der Annahme, dafs der Besitzer in dem alten petitorium irrelevant, dieses selbst demnach eine Doppelklage gewesen sei, erscheint uns das Ritual der Emancipation und in iure Cession. Beide sind bekanntlich Eigentums- und Besitz- resp. Gewaltrechtsübertragung in der Form einer Sakramentalklage mit confessio in iure des Cedenten resp. Mancipanten. Nun ist es doch absolut notwendig, dafs, wer jemandem eine Sache oder ein Recht rechtsgültig übertragen soll, nicht blofs im Besitz ist, sondern zum mindesten von der Gegenpartei d. h. dem Cessionar resp. Mancipatar als im Besitz befindlich anerkannt wird. Wer durch confessio in iure bei Emancipation die patria potestas über seinen Sohn verliert, mufs sie doch vorher gehabt haben! Und wer den Sohn eines anderen durch Scheinvindikation adoptiert, erkennt den, von dem er ihn adoptiert, durch diesen Akt selbst als bisherigen Gewaltherrn an.

Für seine Auffassung der Sakramentalklage als Feststellungsklage hat Brinz[4]) auch die Natur der Definitivsentenz, die nur über

---

[1]) Brinz c. p. 124—139.

[2]) L. 25 Pr. D. 44, 7: in rem actio est, per quam rem nostram petimus, quae ab alio possidetur.

[3]) Eck c. p. 7 ff.

[4]) Brinz, Z. der Savignyst. IV p. 175 cf. cap. II Anfang.

die Sakramente entschied, angeführt. Es ist ganz richtig, die Sakramentalklage kennt keine condemnatio in rem. Wenn Beklagter, falls er die Vindizien erhalten hatte, nach der richterlichen Erklärung, daſs sein sacramentum iniustum sei, die Befriedigung des Klägers unterlieſs, so erfolgte Abschätzung der Sache in dem arbitrium litis aestimandae, und nun war dem siegreichen Kläger der Exekutivprozeſs auf die so festgestellte Summe gegen den Verurteilten an die Hand gegeben.

Allein gerade dieses Verfahren zeigt, daſs wir die Sakramentalklage nicht mit den eigentlichen Präjudizien der späteren Zeit auf eine Reihe stellen dürfen. Die Entscheidung in einem Präiudizialverfahren kann als solche nie eine Obligation begründen: sie konstatiert Thatsachen, die wol unter Umständen, in einem neuen Prozeſs geltend gemacht, vermögensrechtlich relevant werden können, schafft aber keine Obligation. In der Sakramentalklage aber muſs nach prozessualer Vorschrift oder Übung die Entscheidung über die Sakramente zugleich stillschweigend als eventueller Restitutionsbefehl gegolten haben. Denn daſs die Obligation besteht, zeigt die zu ihrer Geltendmachung vorhandene Form, die Exekutivklage. Als Substrat derselben das arbitrium litis aestimandae anzunehmen, ist unmöglich, dasselbe ist keine Klagart, sondern eine einseitige richterliche Verfügung [1]); es schafft keine Obligation, sondern setzt nur eine bereits bestehende in Geld um. Es ist eine Vertragsnovation. Dies zeigt sich schlagend in dem Umstand, daſs Einreden aus der causa der durch das Urteil begründeten Schuld hier nicht mehr in Betracht kommen.

Wir kommen nun zu der scheinbaren Nichtbeachtung, welche der Besitz des Beklagten durch die freie Vindizienregulierung des Prätor erfährt. Auf dieser Basis steht im wesentlichen die Argumentation von Brinz, die sich kurz etwa so zusammenfassen lieſse:

1. Die Konstituierung eines interimistischen Besitzers durch die Vindizienerteilung ist ein Beweisgrund, daſs im Anfang des Streits keine der Parteien als Besitzer gegolten hat.
2. Ein zweiter Beweisgrund ist die Schaffung der possessorischen Interdikte. Dieselben sind künstlich und raffiniert, also spät. Vor ihnen aber gab es kein Rechtsmittel zur Entscheidung des bloſsen Besitzes, der Frage, wer Besitzer sei.

---

[1]) Cic. pro Cluentio 16: aestimationem litium non esse iudicium cf. Karlowa, Civilprozeſs p. 146.

3. Denn da die Vindizienerteilung interimistische Besitzeskonstituierung ist, so ist dieselbe unmöglich, wo definitive Besitzeskonstituierung durch die Interdikte voranging. Andrerseits, solange diese Interdikte fehlten, gab es eben kein Rechtsmittel zur Entscheidung des Besitzes, denn die Interdikte sind dazu erfunden.
4. Hätte der Prätor durch Dekret die Besitzfrage und damit über Parteirollen entschieden, so wäre das Interdikt ein Übergang vom Einfachen zum Künstlichen, ferner nach diesem Dekret über Parteirollen das über Vindizien etwas Überflüssiges, eine Tautologie gewesen.

So scharfsinnig diese Ausführungen gedacht und so kunstvoll dieselben vorgetragen sind, der bedenkliche Punkt derselben scheint uns die Auffassung des Verhältnisses zwischen Vindizienerteilung und Besitzesschutz zu sein. Brinz betrachtet Vindiziendekret und Entscheidung über Besitz im Sinne der possessorischen Interdikte als wesentlich analoger Natur: allein schwerlich mit Recht.

Die possessorischen Interdikte ermitteln, wer von den Parteien Besitzer ist; eine Konsequenz dieser Ermittlung ist die Scheidung der Parteirollen, falls es zur Eigentumsklage kommt. Das Vindiziendekret ist eine rein willkürliche Besitzeskonstituierung; nichts hindert den Prätor, dem Sieger im Interdiktenprozefs die Vindizien abzusprechen. Nehmen wir nun an, die Rolle des späteren Interdikts hätte anfangs ein einfaches Dekret des Beamten vertreten, so folgt, dafs die Notwendigkeit des noch folgenden Vindiziendekrets nicht als Grund gegen jenes erste darf angeführt werden: ja nicht einmal so viel kann mit Sicherheit gesagt werden, dafs der Prätor in beiden Dekreten ein und denselben zum Besitzer machte [1]). In dem ersten hatte er zu entscheiden, wer im Moment der Klaganstellung dem Gegner gegenüber als nicht doloser Besitzer zu erachten sei und daher die Beklagtenstellung einzunehmen habe. In dem zweiten Dekret kam diese Rücksicht nicht in Betracht: in einem einzelnen Falle z. B. mochte der Beamte durch den Umstand sich beeinflussen lassen, dafs Beklagter, den er eben als solchen konstituiert hatte, ein nicht sorgsamer Hauswirt war, dafs eine Verschlechterung der Sache durch ihn zu befürchten sei etc. Hierbei auf die zu stellenden praedes sich zu verlassen, wäre gewifs nicht Sache eines besonnenen Richters gewesen. Diese Auffassung, dafs Vindizien und Interdikte

---

[1]) So Lotmar, Studien p. 133.

sich weder ausschliefsen noch überflüssig machen, scheint durch die Verhältnisse geboten: denn die Annahme, dafs Sakramentalklage und Interdikt nie neben einander bestanden haben, dafs also das letztere erst in der Zeit des Formularprozesses aufkam — eine Annahme, zu der man im anderen Falle gezwungen ist — entbehrt jeder quellenmäfsigen Begründung. Auch dafs wir uns scheinbar genötigt sehn, eine Entwicklung vom Einfachen zum Künstlichen zu statuieren, indem wir das komplizierte Interdikt an die Stelle des einfachen Dekrets treten lassen, erscheint keineswegs bedenklich: das Interdikt hatte eben noch mehr und noch wichtigere Funktionen, als die Erledigung der Besitzfrage vor dem Eigentumsprozefs. Entscheidend aber ist der Umstand, dafs durch die freilich komplizierte Technik der Interdikte etwas anderes erreicht wurde: die Ablösung dieser Frage von der prätorischen Kognition und Überweisung an die Geschworenen: es war wiederum eine bedeutsame Schwächung der magistratischen Gewalt und damit etwas, was durchaus im Gang der römischen Entwicklung lag. Dafs aber, weil durch Interdikte über die Besitzfrage und die Parteirollen im Eigentumsprozefs entschieden wurde, eine Entscheidung darüber vor den Interdikten nicht möglich war, wird niemand behaupten wollen[1]).

Allein wenn auch nicht die angebliche Inkompatibilität von Interdikt und Vindiziendekret, so könnte doch die blofse Thatsache des letzteren als ein Argument für die gegnerische Auffassung betrachtet werden. Die Frage drängt sich unabweisbar auf: Wie kommt es, dafs mein Besitz während des Prozesses durch magistratisches Dekret aufgehoben werden darf? Ist das nicht Rechtsverletzung, wenn wir von der Annahme eines entweder feststehenden oder richterlich entschiedenen Besitzes ausgehn? So sagt Brinz: „Es ist Recht des Besitzes, nicht Ausflufs erst einer magistratischen Verleihung, dafs Beklagter auch während des Prozesses im Besitz bleibe[2]). Diese Auffassung hat etwas unleugbar Natürliches, und es erscheint als ein unabweisbares Bedürfnis, für die Vindizienregulierung eine Erklärung zu suchen. Dieselbe kann naturgemäfs nur in der gesamten Auffassung des Prozefsverfahrens gefunden werden.

---

[1]) Lehrreich ist der zuerst von Bruns gegebene Hinweis auf den Freiheitsprozefs. Hier haben wir ein praeiudicium zur Ermittlung der Parteirollen, dann Sakramentalklage mit Vindizienertheilung, letztere aber — was schlagend ist — gesetzlich normiert, also unabhängig vom Ausfall des praeiudicium.

[2]) Brinz, Contravindication p. 134.

So bedenklich es auch sein mag, diesen Tummelplatz der willkürlichsten Konjekturalkritik zu betreten, die sich mit Vorliebe an der Bedeutung des Sacramentum versucht hat: über die Grundlagen wird sich mit einiger Wahrscheinlichkeit eine Verständigung erreichen lassen.

Das Sacramentum ist eine Summe Geldes, welche jede Partei dem Staat schulden zu wollen verspricht, falls sie im Prozefs unterliegt. Man hat auf den Namen hin, welcher bekanntlich gewisse Modalitäten des Fahneneides bedeutet, auch im Prozefs an ein Streiten mittelst Schwures gedacht. Dann erhielten wir im Sakramentsprozefs eigentlich eine Untersuchung wegen Meineid, was nicht glaubhaft erscheint und dadurch nicht glaubhafter wird, dafs einerseits zwischen fahrlässigem und dolosem Meineid hiebei nicht unterschieden, andererseits eine immerhin geringe Summe als Strafe für ein schweres Vergehen gesetzt werden würde. Und noch dazu wird diese Summe abgestuft nach dem Wert des Streitobjekts! Soll wirklich den Römern zugetraut werden, sie hätten den Meineid oder selbst den Falscheid verschieden beurteilt je nach dem Wert des Objekts, welches der Schwur betraf? Erscheint überhaupt eine Auffassung denkbar, nach der zwei Parteien nicht über Eigentum gerichtlich streiten konnten, ohne dafs eine von ihnen zum Meineid gezwungen wurde — denn eine Partei mufste ja notwendig Unrecht haben? Diese Einwendungen gelten ebenso der Anschauung, dafs das sacramentum eine Strafe resp. ein piaculum zur Sühne des falschen Eides sei [1]), wie der verwandten Auffassung, es sei dasselbe statt der gesamten Habe für den Fall des Falscheides von dem Schwörenden ausgesetzt [2]).

Übersieht man nun die Technik des gesammten Verfahrens, so erscheint als die Idee desselben der Kampf um die Sache, der anfangs real ausgefochten wurde und der jetzt noch symbolisch angedeutet wird, nachdem er in seinem Wesen durch die richterliche Entscheidung ersetzt worden ist. An einen Zweikampf um die Sache zu denken, verbietet die Natur des römischen Rechts, dem im Gegensatz zu dem germanischen der gerichtliche Zweikampf fremd ist. Vielmehr nimmt im römischen Recht eine umfassende Stelle der Kampf um ein Recht in Gestalt der Selbst-

---

[1]) Danz, Sacramentum in Z. für Rechtsgeschichte VI p. 389 ff.

[2]) Karlowa, Civilprozefs p. 17 ff. Eine phantastische Kombination bei Huschke, Multa p. 353 ff.

hilfe resp. der Notwehr noch spät bis in historische Zeit ein. Bekannt ist, wie noch lange das Prinzip der Selbsthilfe in der späteren Jurisprudenz diskutiert und umgrenzt wurde, und eine wie bedeutsame Rolle gerade das daraus resultierende Vertreibungsrecht in der Besitzlehre gespielt hat. Der maſsgebende Grundsatz blieb stets, dass dem Berechtigten nicht bloſs die gewaltsame Verteidigung seines Rechts, sondern sogar die gewaltsame Wiedereroberung seines Eigentums gestattet, ja in gewissem Sinne zur Pflicht gemacht war. Als ein Produkt dieser Auffassung erscheint die Sakramentalklage. Wir brauchen deshalb kaum in den Urbrei der Vorzeit hinabzutauchen, um in dem Ritual der Sakramentalklage die Fiktion eines gewaltsamen Eroberungsversuchs und einer ebenso gewaltsamen Abwehr zu erkennen. Es ist dies genau dieselbe Idee, die dem Interdiktenverfahren zu Grunde liegt, das ganz gewiſs nicht der Abwehr realer Gewalt gilt, man müſste denn glauben, daſs der Prätor Gewaltübung erst befohlen und dann bestraft hätte. Vielmehr ist die Sache so zu denken: Wenn ich meinem Gegner, der meine Sache haben will, mit Gewalt entgegentrete oder ihm, wenn er meine Sache hat, dieselbe gewaltsam entreiſse, so üben beide Gewalt; allein derjenige übt erlaubte, also straffreie Gewalt, der bei derselben sich auf das Recht berufen kann, der es ausübte zur Verfolgung seines Rechts. Soll also über die Berechtigung der beiderseitigen Gewalthandlungen geurteilt werden, so muſs über die denselben zu Grunde liegenden Rechtsansprüche entschieden werden. So kommt es, daſs in der Sakramentalklage wie im Interdiktsprozeſs die formelle Entscheidung über Gewalthandlungen der Parteien die sachliche über Eigentum resp. Besitz enthielt.

Von hier aus glauben wir das Verfahren verstehn zu müssen, und so findet auch die Vindizienerteilung ihre Erklärung. Man wuſste eben noch nicht, wessen Gewalthandlung sich als die unberechtigte herausstellen würde.

Dazu kommt, daſs der Vindizienbesitzer Staatsbürgen zu stellen hat, praedes. Die Konsequenz ist unabweisbar, daſs das Streitobjekt, für welches diese Bürgen gestellt werden, dem Staat gehört [1];

---

[1]) Dies ist von Mommsen, Stadtrechte p. 465 erwiesen. Dagegen Dernburg in der Rezension dieser Schrift, Kritische Zeitschrift III p. 81 ff. Für die publizistische Natur der Bürgschaftsbestellung durch praedes trat ein Stintzing in seiner Rezension von Huschke's Gaius, Kritische Zeitschr. III p. 353 ff.

sonst wäre nur ein dem Gegner zu bestellendes Vadimonium möglich gewesen [1]). Die Obrigkeit selbst also hat das Streitobjekt konfisciert, ob man sagen will, um weiteren Anlafs zu Friedensstörungen zu vermeiden oder das sonst wie zurecht legt, erscheint irrelevant gegenüber der Thatsache selbst, die feststeht. Damit aber läfst sich die Konstruktion von Brinz schwerlich vereinigen, dafs, weil der Besitz nicht feststand, der Prätor die eine Partei zum interimistischen Besitzer machte: stand der Besitz nicht fest, so schwankte er höchstens zwischen den Parteien, folglich hätte der interimistische Besitzer wol dem Gegner, aber nimmermehr dem Ärar verhaftet werden können. Die symbolische Andeutung dieser Konfiskation glauben wir in dem Ritual noch zu finden: sie liegt in dem prätorischen Befehl: [2]) Mittite ambo hominem. So kommt also in der Sakramentalklage die Frage, ob erlaubte oder unerlaubte Gewaltanwendung d. h. ob Raub oder Selbsthilfe, eingewickelt in die Frage, ob Agerius oder Negidius iniuria vindicavit, zur Entscheidung. Diese Gewaltanwendung spielt sich symbolisch in iure ab: Agerius legt an die Sache Hand an, d. h. er bemächtigt sich derselben: indem er nun aber die solenne Eigentumsbehauptung dazu ausspricht, giebt er zu verstehen, dafs seiner Meinung nach diese Gewaltanwendung ein Akt der Selbsthilfe sein soll, der gewaltsamen Geltendmachung seines Rechts, die nach römischer An-

---

[1]) Wenn Gaius IV, 16 sagt: Praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat .... eumque iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, so bezeichnet dies entweder ungenau den ökonomisch-praktischen Effekt statt der juristischen Idee oder es wurde von staatswegen der Einfachheit wegen der Sieger an die praedes direkt gewiesen.

[2]) Einen ähnlichen Standpunkt nimmt ein Muenderloh, „Schein und Wirklichkeit in der legis actio sacramento in rem.“ Z. f. Rechtsgeschichte 1878 XIII p. 445—487. Dieser Aufsatz fehlt in der Litteraturangabe von Wach zu Keller zu Note 204 wie auch zu Note 210, wie auch in den hiezu gegebenen Nachträgen von Zitelmann, Recht von Gortyn p. 87 n. 32. Im einzelnen halte ich zahlreiche Aufstellungen des Verfassers für irrtümlich, so die Auffassung der sua causa als Erwerbsgrund, ebenso die Annahme, dafs Beklagter die Worte secundum suam causam nicht gesprochen, was M. aus der späteren Frage nach der causa entnimmt, wo es freilich Erwerbsgrund bedeutet. Am bedenklichsten erscheinen die Aufstellungen im zweiten Teil über Vindizien, die völlig in der Luft schweben. Die Vindizien sollen eine Fiction aus späterer Zeit sein, als man schon Interdikte hatte, denn vor diesen wäre die Partei, welche den Besitz vom Praetor erhielt, schutzlos gewesen! (p. 573). Sollte wirklich das magistratische Imperium nicht ausgereicht haben?

schauung straflos ist, falls er wirklich ein als solches anerkanntes Recht zu verwirklichen bestrebt war. Negidius, indem er genau dasselbe thut, macht dem Gegner gegenüber gleichfalls sein Recht zur Selbsthilfe geltend, in dem er durch Berufung auf sein Eigentum sein Verfahren als Ausübung des Vertreibungsrechts charakterisiert. Zu dieser Vertreibung war er als bloſser Besitzer nach römischer Anschauung berechtigt; denn selbst der fehlerhaft Besitzende ist nicht verpflichtet, sich die Sache entreiſsen zu lassen, auſser wenn der Deicient ein besseres Anrecht hat: dann freilich und nur dann ist sein Widerstand gegen dessen Gewalt ein strafbares Unrecht. Hiernach liegt die Entscheidung der Frage, uter iniuria vindicaverit, in dem Gelingen resp. Miſslingen des klägerischen Eigentumsbeweises. [1])

Wenn so die freie Vindizienregulierung nicht mit Notwendigkeit zur Annahme der völligen Gleichstellung von Kläger und Beklagtem führt, so erwachsen dieser Theorie gleichzeitig von einer anderen Seite her Schwierigkeiten.

Die volle Konsequenz aus der Auffassung unserer Klage als reconventio necessaria haben Karlowa [2]) und Ihering [3]) dahin gezogen, daſs sie die Abweisung beider Parteien, falls sich ihre Ansprüche als ungerecht herausstellen, annehmen. Daſs dann die Sache dem Vindizieninhaber verbleibt, ist eine notwendige, aber notwendig ungerechte Konsequenz. Damit würde jemand Inhaber einer Sache, die er vor dem Prozeſs vielleicht gar nicht besaſs, vielmehr erst durch die Vindizienregulierung erhielt, auch dann werden, wenn durch Verfall seines sacramentum als iniustum an den Staat die Ungiltigkeit seines Anspruchs rechtlich und faktisch erklärt worden wäre.

---

[1]) Sachlich stimmt mit dieser Auffassung auch die Goepperts c. p. 541 überein. Nachdem er auseinandergesetzt, daſs dem Richter die Frage vorliegt, uter iniuria vindicaverit, bemerkt er: „der nichtbesitzende Kläger iniuria vindicavit, wenn er die Sache ihrem Besitzer hat entreiſsen wollen, ohne durch sein Eigentum dazu berechtigt zu sein, der Besitzer und Beklagte dagegen nur, wenn er sich dem Eigentümer, der seine Sache wieder an sich nehmen wollte, widersetzte: dem non dominus gegenüber war er im Recht, wenn er sich die Sache nicht rauben lieſs, gleichviel ob er an der Sache seinerseits ein besseres Recht hatte oder nicht. Es hängt also die Antwort auf die Frage uter iniuria vindicaverit, cuius sacramentum iustum sit, ausschlieſslich davon ab, ob die Sache ex iure Quiritium im Eigentum des Klägers steht.“

[2]) Karlowa c. p. 86.

[3]) Ihering, Geist III p. 92. Dagegen auch Varro de l. l. V, 180.

So bleibt also unter allen Umsänden nur die auch von Brinz gebilligte Annahme Ecks[1]) übrig, dafs bei dem Beweise sich jedenfalls ein Übergewicht des Anrechts auf einer Seite herausgestellt und der Richter dann zu Gunsten des relativ besseren Rechts z. B. des redlichen Besitzes, entschieden, die Klage also faktisch wie die spätere Publiciana gewirkt habe. Hiernach konnte auch der redliche Besitzer die Klage anstellen und übernehmen.

In der That ist diese Annahme, wie sie auch der Vindikation mittelst petitorischer Formel entspricht[2]), auch aus anderen Gründen absolut notwendig.

Denn wenn wir annehmen wollen, dafs die Übernahme der dinglichen Sakramentalklage nur dem quiritarischen Eigentümer zustand, so haben wir die Wahl zwischen zwei gleich bedenklichen Konsequenzen. Entweder betrachten wir das Sakramentalverfahren nur als einen speziellen Fall der Eigentumsklage, nämlich als den Fall, in welchem auch der Beklagte Eigentum wirklich beanspruchte, was aber in seinem Belieben stand.[3]) Diese Auffassung widerspricht der Darstellung von Gaius, der die Legis actio sacramento nicht als eine, sondern als die Eigentumsklage bezeichnet; sie widerspricht aufserdem nicht weniger unserer ganzen Kenntnis des alten Prozefsrechts, denn wir wissen nicht, auf welchem Wege sonst noch eine solche Klage erledigt werden konnte.[4])

Oder wir gehen von der Kongruenz der Sakramental- und Eigentumsklage aus, welche die Quellen unanfechtbar darthun: dann sehn wir uns unter jener Voraussetzung gezwungen, den Besitzer von der Übernahme der Klage auszuschliefsen d. h. ihn um seinen

---

[1]) Eck c. p. 16 f.

[2]) L. 9 D. VI, 1 cf. L. 25 D. 44, 7: Officium autem iudicis in hac actione hoc erit, ut inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinebit, qua ex causa possideat .... quidam tamen ut Pegasus eam solam possessionem hanc actionem putaverunt complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi. .... Puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.

[3]) So Eisele in seiner Anzeige von Lotmar: Zur Legis actio sacramento in Krit. Vierteljahrsschrift 1877 p. 517. Dagegen Lotmar in seiner Duplik Krit. Studien p. 166.

[4]) An die in rem actio per sponsionem wird man nicht denken wollen, auch wenn sie für die ältere Zeit besser beglaubigt wäre, als sie es ist. Brinz, Contravindikation p. 137 denkt eventualiter an die legis actio per iudicis arbitrive postulationem, wofür unsere Überlieferung wenigstens keinen Anhalt bietet.

Besitz zu bringen auch dann, wenn er Erwerbstitel und bona fides hat, sobald irgend ein formales Hindernis den Erwerb des quiritarischen Eigentums gehindert z. B. wenn er eine res mancipi durch Tadition erworben hat etc. Also auch der Usucapionsbesitzer würde vor vollendeter Usucapion der Passivlegitimation ermangeln. Dafs dieser Zustand dem bekannten und beglaubigten des Formularverfahrens zuwiderläuft, wo sogar der Detentor zur Übernahme der Eigentumsklage berechtigt ist, müfste an sich schon Bedenken erregen: allein man betrachte die Sache an sich und man wird finden, dafs sie einen wahrhaft heillosen Zustand der öffentlichen Ordnung oder besser Unordnung gleichzeitig voraussetzt und zur Folge hat. Denn jene Fälle können keineswegs als selten gedacht werden: das ergiebt die Schwierigkeit der vollgültigen Eigentumsübertragung bei res mancipi und spiegelt sich wieder in der Kürze der älteren Usucapionsfrist, die wol hieraus gerade zu erklären ist. Mit der nominatio auctoris, auf die auch Goeppert verweist, kommt man nicht weit, denn diese bedingt einen sehr komplizierten Apparat und bedeutet notwendig einen Umweg, der schliefslich den Verkehr in hohem Grade beeinträchtigen mufste.

So dürfte also die Passivlegitimation auch des redlichen Besitzers unanfechtbar sein; allein denken wir uns diese prozessuale Handhabung praktisch wirksam, so ergeben sich gerade daraus Erscheinungen, die mit der herrschenden Theorie kaum noch übereinstimmen. Wenn beispielsweise der publizianische Besitzer in der Sakramentalklage dem Nichtberechtigten gegenüber Sieger bleibt, wie die gemeine Meinung mit Recht annimmt, so ergiebt sich zunächst ein Widerspruch zwischen dem Verfahren in iure und in iudicio. Der Beklagte, um bei diesem stehn zu bleiben, spricht sich öffentlich und feierlich quiritarisches Eigentum zu, obwol er natürlich ganz genau weifs, dafs er dasselbe nicht besitzt. Er hat einen an sich wol berechtigten aber nicht civilen Erwerbstitel und bona fides, ist also in der That der Nächstberechtigte zur Sache, ohne aber civiler Eigentümer zu sein. Demgemäfs dringt er auch in iudicio durch, d. h. nach der herrschenden Meinung wird sogar in direkter oder indirekter Weise vom Richter sein Eigentum anerkannt, obwol wiederum dem Richter natürlich nicht verborgen sein kann, dafs der titulierte und redliche Besitzer noch lange nicht quiritarischer Eigentümer ist. Hält man diesen Zustand wirklich eines Rechtsstaats und speziell des römischen für würdig?

Das römische Recht und gewifs das der ältesten Epoche ist ein Niederschlag der allgemeinen Volksüberzeugung, nicht eine von aufsen aufgedrungene Norm: müssen wir nicht annehmen, dafs, wenn tagtäglich der publizianische Besitzer mit seiner Eigentumsbehauptung durchdrang, in der allgemeinen Empfindung der Eigentumsbegriff sich abschwächen und nach der Seite des publizianischen Besitzes hin verändert werden mufste? So ergab sich im römischen Prozefsrecht ein Konflikt zwischen der Formel, die auf quiritarisches Eigenthum konzipierte, und der in der allgemeinen Rechtsüberzeugung wurzelnden Praxis, welche die Sakramentalklage auch auf den publizianischen Besitz ausdehnte.

Wir glauben den Ausweg noch nachweisen zu können, auf den man schliefslich zur Lösung dieses Konflikts gekommen ist. Es ist eine wol zutreffende Beobachtung Lotmars, dafs in der Vindikationsformel

> Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam sicut dixi; ecce tibi vindictam imposui.

schon nach der blofsen Stellung die Worte „secundum suam causam sicut dixi“ sich als ein späterer Zusatz charakterisieren, „als ein bewegliches und als das bewegliche Stück in der Formel der in rem actio.“ Hierhin führt auch das Fehlen jener Worte in der Mancipations- wie in der In iure Cessionsformel [1]). Auch darin dürfte Lotmar Recht haben [2]), dafs man causa hier nicht als den Erwerbsgrund des Prozefsobjekts betrachten darf. Denn die sua causa in unserer Formel kann logisch und sprachlich nur auf homo bezogen werden, die sua causa des homo aber nicht Erwerbsgrund einer Prozefspartei sein, abgesehn davon, dafs die spätere Stelle in der Formel, wo gleichfalls causa vorkommt, die Deutung auf Erwerbsgrund mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zuläfst [3]). Vielmehr empfiehlt sich von allen vorgeschlagnen Bedeutungen in der That wol am meisten die Auffassung Voigts, der causa an unserer Stelle = „Lage, Zustand, Verhältnis, condicio, status von Personen, Sachen oder Verhältnissen“ setzt. Vorzüglich legt

---

[1]) Lotmar, Zur legis actio sacramento p. 102—127. Karlowa, Civilprozefs p. 71 ff. Bethmann-Hollweg c. I p. 139. Litteratur bei Wach zu Keller c. p. 66 f.

[2]) Lotmar c. p. 110 ff. im Anschlufs an Voigt, Condictionen p. 127 f. Die Verbindung von sicut dixi mit ecce tibi vindictam imposui halte ich wie Lotmar für sprachlich und sachlich unmöglich. cf. Lotmar c. p. 127—133.

[3]) Gaius, IV, 16. Postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris.

Lotmar dann im folgenden dar, „dafs die rechtliche Beschaffenheit, welche mit sua causa bezeichnet wird, vornehmlich eine rechtliche Beschränkung ist, welche dem Objekt anhaftet, von dessen causa die Rede ist, welche Beschränkung sich somit, wenn das Objekt eine im Eigentum befindliche Sache ist, dem Eigentumsrecht selbst in Wirklichkeit mitteilt[1]). Der Anwendung freilich, welche von dieser Deduktion ihr Urheber macht, dafs jene Klausel dann in Kraft treten soll, wenn Eigentum unter einer Resolutivbedingung geltend zu machen ist, die zwischen dem Verfahren in iure und in iudicio eintreten kann, dieser Anwendung glauben wir als einer zu künstlichen nicht folgen zu dürfen, vermuten vielmehr folgenden Zusammenhang. Die strenge Formulierung auf quiritarisches Eigentum schlofs den titulierten, aber nicht civilen Besitzer ebenso von der Vindikation der verlornen Sache aus, wie sie dem Beklagten, der auf Grund einer an sich berechtigten, aber nicht quiritarischen Erwerbsart sich das nächste Recht zur Sache, aber nicht Eigentum ex iure Quiritium zuschreiben konnte und wollte, die Übernahme der Klage und damit die Verteidigung unmöglich macht. Dieser Übelstand kann sich in der alleraltesten Zeit nicht fühlbar gemacht haben; denn der Umstand, dafs res mancipi, die wir doch sicher als die ältesten Vermögensobjekte zu betrachten haben, nur in zwei gleich umständlichen Formen zu Eigentum übertragen werden konnten, zeigt notwendig, dafs das Bedürfnis nach bequemerer Eigentumsübertragung damals, als diese Formen sich bildeten, nicht bestand. Später mit dem Zunehmen von Verkehr und Handel änderte sich das: eins von den vielen Symptomen dieses Umschwungs ist die besprochene Klausel in der Vindikation. Sie enthält die Ausdehnung der Sakramentalklage auch auf Nichteigentümer im Sinne der publizianischen Klage und zwar in folgender Weise. Diejenige Prozefspartei, welche zwar nicht volles Eigentum beanspruchte, aber trotzdem sich für nächstberechtigt zur Sache hielt, ersuchte den der Jurisdiktion vorstehenden Beamten, — wir wollen ihn der Kürze halber Prätor nennen — indem sie ihn mit der Sachlage in ihrem Sinn kurz vertraut machte d. h. besonders ihren Erwerbstitel angab, über diesen Mangel hinwegzusehn und ihren Besitz so zu behandeln, als ob die dem civilen Erwerb entgegenstehenden Schranken etwa durch Vollendung der Usucapion beseitigt wären — natürlich unter

[1]) Lotmar c. p. 110 f. Daselbst die Quellenbelege.

der Voraussetzung, daſs die Parteiangaben über Erwerbstitel sich in iudicio als wahr erweisen würden. Damit wäre denn „die rechtliche Beschränkung des Eigentums“, welche Lotmar mit Voigt in der sua causa sieht, erklärt: das sicut dixi bezieht sich auf die vorangegangene Verhandlung mit dem Prätor. Eine solche ist unter allen Umständen zu statuieren, denn bekanntlich ist dieser Beamte überhaupt nicht verpflichtet die Klage zu erteilen, die eine Partei von ihm verlangt. Verweigert er seine Mithilfe zum Rechtsstreit, der ohne ihn nicht zu stande kommen kann, so ist dagegen zunächst nichts zu machen. Schienen ihm die Angaben einer Partei entweder ganz unglaubhaft oder selbst im Fall ihrer Wahrheit der resultierende Rechtsanspruch nicht genügend substantiiert, so verweigerte er der Partei den Rechtsweg. Der Unterschied von der späteren Publiciana lag eben darin, daſs der Prätor im Edikt durch Mitteilung der Normen, nach denen er verfahren würde, sich gebunden hatte, während er in älterer Zeit ganz willkürlich verfuhr. Und eben hierin sehn wir den Fortschritt des ganzen Verfahrens wie überhaupt des römischen Privatrechts in seiner Entwicklung. Man nimmt vielfach an, diese Entwicklung habe darin bestanden, daſs später Rechte und Zustände geschützt wurden, welche anfangs des Schutzes entbehrten: ohne diese Seite der Sache ganz leugnen zu wollen, darf man doch betonen, daſs eine wesentliche Änderung im allgemeinen nicht in der Erweiterung der Objekte des Schutzes, sondern in der Verbesserung der Art derselben zu liegen scheint: die anfangs und notwendig unbegrenzte diskretionäre Befugnis des Prätor wurde mehr und mehr geschwächt, indem ein wachsender Teil dieser Befugnis an die Geschworenen resp. den Einzelrichter fiel[1]). Bei dieser Auffassung der römischen Rechtsgeschichte wird die Thatsache, daſs die Sakramentalklage nach unsrer Erklärung der späteren Publiciana fast gleichsteht, keinerlei erhebliche Bedenken enthalten; nimmt doch auch die herrschende Theorie eine ähnliche Wirkung derselben an, nur daſs sie diese Wirkung in das Verfahren in iudicio verlegt, wodurch ein unerfreulicher Widerspruch zwischen diesem und dem in iure hervorgerufen wird[2]).

[1]) Daſs die Publiciana im Formularprozeſs, wo dieses Verfahren fortfällt, nicht sofort eingeführt wurde, läſst sich teils aus dem Fehlen der Worte ex iure Quiritium erklären, wodurch eine laxe Auffassung der Sache ohnedies erleichtert wurde, teils aus dem Interdiktenrecht, das sich inzwischen gebildet hatte.

[2]) Über die Annahme der Einziehung beider Sakramente bei Sachfälligkeit beider Parteien ist oben gesprochen worden.

So also glauben wir die Rechtsbehauptung und die Rechtsgegenbehauptung in der ältesten Eigentumsklage verstehn zu müssen: übersieht man von hier aus das System des alten Besitz- und Eigentumsschutzes, so findet man einen harmonisch das gesamte Rechtsleben umspannenden Mechanismus in dem Ineinandergreifen der Interdikts- und Sakramentalklage. Jene schützt resp. verschafft den Besitz auf Grund seiner thatsächlichen Existenz resp. seiner schuldhaften Störung, diese denselben Besitz auf Grund eines giltigen Erwerbstitels, sei es dafs dieses Eigentum oder ein genügendes Surrogat desselben ist. Vor Einführung der Interdikte mag man sich mit der acti furti und de vi geholfen, gleichzeitig das petitorium und magistratische Dekrete mehr in Anspruch genommen haben, worüber später; nach dem Aufhören der Sakramentalklage werden die Interdiktsklagen eine Zeitlang die publizianische Funktion des Petitorium ersetzt haben.

Ist diese Darstellung zutreffend, so verliert die Contravindikation einen grofsen Teil ihrer Bedeutung und damit auch der ihr entgegenstehenden Bedenken. Der Beklagte braucht dann nicht mehr Eigentum, sondern überhaupt nur sein besseres Recht an der Sache zu behaupten. Dafs er es auch zu beweisen gesucht haben wird, ist selbstverständlich, weil es in seinem Interesse lag; dafs er dazu verpflichtet war, brauchen wir nach Lage der Quellen nicht ohne weiteres anzunehmen; keinesfalls folgt aus der Notwendigkeit der Behauptung auch die Notwendigkeit des Beweises.[1])

Auch die erstere hat man zu erschüttern versucht. In zwei

---

[1]) Man wird hier nicht mit dem bekannten Satz operieren dürfen: ei incumbit probatio qui dicit non qui negat. L. 2 D. 22. 3. Er stammt aus einer Zeit, wo die infitiatio des Beklagten das Übliche war und kann jedenfalls nur auf einen Prozefs angewandt werden, in dem jemand ist qui negat, im Gegensatz zu dem qui dicit. — Dafs aus der Notwendigkeit der Behauptung noch keineswegs die des Beweises folgt, scheint mir von den Neueren zu wenig beachtet zu sein.

Inwieweit hat denn sonst im Legisactionsprozefs Beklagter für seine, wie auch immer lautende Behauptung, einzustehn? Beispielsweise in der persönlichen Sakramentalklage lautet Behauptung und Gegenbehauptung: Aio te mihi — dare oportere und Nego me tibi — dare oportere. Hat nun Beklagter die Nichtexistenz der klägerischen Forderung zu beweisen? ebenso zu beweisen, wie Kläger die Existenz derselben? Niemand wird das behaupten wollen und Niemand aus der Thatsache, dafs Beklagter, soviel an ihm liegt, sich nicht auf Leugnen beschränken wird, einen Schlufs auf seine rechtliche Verpflichtung ziehn.

umfangreichen Darstellungen versuchte Lotmar den Nachweis, dafs die Contravindikation entweder überhaupt nicht oder doch nicht obligatorisch bestanden habe.[1]) Eine solche Prüfung läfst sich in doppelter Art durchführen, je nachdem man entweder Gaius selbst zu Grunde legt oder Quellenbelege andrer Art heranzieht. Lotmar hat sich wesentlich auf das erste beschränkt: aus einer von O. Mueller seiner Zeit aufgestellten Etymologie: vindicare = vim dicere (von der Wurzel δεικ. zeigen) deduziert er, dafs das vindicare in unserm Ritual nur Gewaltbezeigung bedeutet habe, der die Eigentumsbehauptung nicht inhaerent sei. Das Formular, welches Gaius vorlag — so ist sein Gedankengang — mochte vom Beklagten blofs sagen: tum adversarius contra vindicat, unser Jurist dann, die spätere Bedeutung von vindicare in das Formular hineintragend, auch diesem die an sich nicht notwendige positive Rechtsbehauptung zuschreiben. Man sieht, diese ganze Deduktion ist künstlich und kompliziert, sie fällt in sich zusammen, sobald wir an ihr Fundament denken, die angebliche Urbedeutung von vindicare.

Denn selbst wenn jene Etymologie zutreffen sollte,[2]) so wäre noch nicht der Schatten eines Beweises dafür erbracht, dafs das Wort vindicare in Wirklichkeit jemals für „Gewalt zeigen“ im älteren Latein — man müfste hier an die von Flavius edierten Formeln denken — gebraucht ist.

Das hat auch der Verfasser gefühlt und deshalb späterhin die Vermuthung geäufsert, zu Gaius' Zeit sei die positive Gegenbehauptung wol üblich aber nicht notwendig gewesen. Dies erscheint sehr unwahrscheinlich: denn abgesehn davon, dafs Gaius' Schilderung der Sakramentalklage, die er im Rahmen des gesamten Legisactionsverfahrens darstellt, durchaus den Eindruck macht, dafs von einer längst vergangenen Antiquität gesprochen wird, so ist doch sicher nicht anzunehmen, dafs eine so anomale

---

[1]) Lotmar, Zur Legis actio sacramento in rem 1877 und Kritische Studien in Sachen der Contravindication 1878.

[2]) Dieselbe wird von der heutigen Linguistik stillschweigend und zweifellos mit Recht abgelehnt cf. Vaniček, Griechisch-Lateinisches Etymologisches Wörterbuch 1877 I p. 327 ff., II p. 881 ff. und die daselbst Citierten. V. nimmt die Wurzeln Da zeigen, weisen, lehren und van wünschen, verlangen; hold sein, lieben, schätzen, hüten an (van. ven. — ven—ia). Die O. Müllersche Etymologie stammt aus einer Zeit, als die Linguistik als Wissenschaft im Entstehn begriffen war; ihr Urheber würde sie heute schwerlich aufgestellt haben.

Erscheinung wie die positive Rechtsbehauptung des Beklagten zu einer Zeit anders als durch absoluten Zwang aufkommen konnte, daſs sie aufkommen konnte zu einer Zeit, wo sie nicht bloſs einer längst befestigten prozessualischen Theorie entgegengetreten, sondern auch weit und breit ohne Beispiel gewesen wäre.

So weit führt der Gajanische Bericht als solcher. Es fehlt nicht an Argumenten für die Notwendigkeit der positiven Gegenbehauptung auſserhalb desselben. Wenn Cicero[1]) in seiner Rede für Murena, um die Umständlichkeiten des alten Verfahrens zu vermeiden, vorschlägt zu sagen: Fundus Sabinus meus est. Immo meus, deinde iudicium, so ist a priori anzunehmen, daſs er die essentialia negotii in die denkbar kürzeste Fassung zusammengedrängt, und deshalb in hohem Grade unwahrscheinlich, daſs er die positive Gegenbehauptung, falls sie nicht schon bestand, erfunden hätte.[2]) Und das an einer Stelle, wo er gerade den gesunden Menschenverstand gegenüber der juristischen Spitzfindigkeit zu Ehren bringen will! Lotmar selbst hat zwei Bücher geschrieben, um zu erhärten, was auch richtig ist, daſs die positive Gegenbehauptung ungewöhnlich und bedenklich, mindestens erklärungsbedürftig ist — und Cicero, der in der Blütezeit des Formularprozesses lebte, soll diese Anomalie da, wo er das Muster eines einfachen und natürlichen Verfahrens vorschlägt, de suo hinzugethan haben? Entscheidend aber wäre, falls es noch einer Entscheidung bedürfte, das Ritual der Mancipation und ganz besonders das der In iure cessio. Bei dem Bericht über die Umwege der Emancipation eines filius familias bemerkt Gaius:[2]) patri remancipatur (sc. filius familias) et ab eo is qui adoptat vindicat apud praetorem, et illo contra non vindicante a praetore vindicanti filius addicitur. Es ist ebenso eine durch confessio in iure erledigte Sakramentalklage wie die in iure cessio. Jene entspricht der in rem actio, diese der in rem actio specialis, der dinglichen Klage. Dies ergiebt das Ritual der letzteren deutlich. Der Cessionar sagt rem tenens: hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio. Gaius fährt fort:[3]) deinde postquam hic vindicaverit praetor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet. quo negante aut tacente tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit; idque legis actio vocatur. Daſs hier der eventuelle Widerstand des Gegners als ein contra vindicare be-

[1]) Cic. pro Murena 12.
[2]) Gaius I, 134.
[3]) Gaius II, 24.

zeichnet ist, wird schwerlich jemand für Zufall halten; hätte bloſses Negieren des Besitzers genügt, so würde Gaius illo non negante gesagt und der Prätor den Cedenten gefragt haben an neget. Er fragt aber an contra vindicet, zum deutlichen Beweise, daſs dies und nur dies der Weg ist, die Addiction hintanzuhalten. Aus diesen Angaben erhellt auch, daſs die Auffassung der Contravindikation als bloſse defensive Gewaltbezeigung unmöglich ist. Denn überall wird das contra vindicare des Beklagten als identisch mit dem des Klägers behandelt, nur durch Zufügung von contra wird die Aktion als eine des Beklagten, als eine Re-action, eine Gegenhandlung, charakterisiert, was sich schon daraus ergiebt, daſs Contravindikation gar kein lateinisches Wort, sondern lediglich moderne Bildung ist, die man der Bequemlichkeit wegen beibehalten mag, die man sich aber hüten muſs für klassisch zu halten. Wenn nun der Prätor den Cedenten fragt, an contra vindicet, so meint er das doch natürlich im Sprachgebrauch seiner Zeit d. h. in dem Sinne, ob Cedent die Eigentumsgegenbehauptung aussprechen wolle, denn unmöglich kann man vom Praetor der Ciceronischen Epoche erwarten, daſs er dem etwaigen Sprachgebrauch der vorgeschichtlichen Zeit folgt; hat aber die Frage des Beamten diese Bedeutung, so folgt von selbst, daſs die zweite Vindikation in der Sakramentalklage gleichfalls mit positiver Gegenbehauptung verbunden war. [1])

Es ist vielfach nach Gründen gesucht worden, welche das in der That anomale Ritual der Sakramentalklage erklären sollten. Man kann nicht bloſs den Scharfsinn, sondern auch die relative Wahrheit zahlreicher von diesen Theorieen bereitwillig anerkennen und dabei doch die Vorfrage für beachtenswert halten, ob eine solche Erklärung überhaupt verlangt werden darf. Unzweifelhaft darf sie es, wo wir mit bewuſst ins Leben gerufenen Schöpfungen einer historischen Epoche zu thun haben. Der Praetor der römischen Republik ist eine greifbare geschichtliche Persönlichkeit. Seine Institute und Schöpfungen sind von Ideen geleitet, die wir bis zu einem gewissen Grade aus der Überlieferung oder aus Schluſsfolgerungen entnehmen können. Das Leben des Volksgeistes in einer vorge-

---

[1]) A. M. Lotmar L. A. p. 38 ff. Auch Wach zu Keller n. 204 wirft die Frage auf, „ob nicht auch die in iure cessio ein unterstützendes Moment ergebe", nämlich für die Notwendigkeit der Contravindikation qua Eigentumsgegenbehauptung. Vermutlich sieht er das unterstützende Moment in derselben Richtung wie die hier gegebene Auseinandersetzung.

schichtlichen Epoche, mögen seine Manifestationen der dichtenden Phantasie oder dem praktischen Leben angehören, entzieht sich notwendig in seinen Tiefen jeder sachlichen Erwägung.

Es ist ein höchst interessanter Beweis für die Macht der Tradition in Rom, dafs man sich noch nicht entschliefsen konnte, die Contravindikation fallen zu lassen, als sie offenbar unbequem und lästig wurde: man versuchte sie zu modificieren: das zeigt die Zufügung von secundum suam causam sicut dixi. In dieser Umgestaltung hat sie dann Jahrhunderte bis tief in die historische Zeit bestanden. [1])

Man hat wol darüber diskutiert, dafs und weshalb Gaius in seinem Bericht über die dingliche Sakramentalklage nicht vom Kläger und Beklagten, sondern vom ersten und zweiten Vindikanten spricht. Ja man wird nicht zu weit gehn, wenn man behauptet, dafs dies die eigentliche Veranlassung für die zahlreichen Kombinationen gewesen ist, welche der ältesten dinglichen Klage ein von dem späteren Verfahren so abweichendes Gepräge aufzudrücken versucht haben. Gaius selbst hat schwerlich geahnt, dafs diese Konsequenzen aus seinem nicht sonderlich durchsichtigen Bericht gezogen werden würden: hätte er selbst die Gleichstellung von Kläger und Beklagtem sich als Eigentümlichkeit der Sakramentalklage vorgestellt, so würde er das zweifellos bemerkt haben, wie er es ja bei den possessorischen Interdikten bemerkt, dafs hier jede Partei gleichzeitig Kläger und Beklagter ist. Dies ergiebt wol auch sein Bericht selbst. Er führt den Kläger mit den Worten ein: qui vindicabat festucam tenebat, das Wort vindicare zweifellos in dem Sinne seiner Zeit brauchend = wer auf die Sache Anspruch machte. Nun primär beansprucht man doch, was man nicht hat, und damit allein wäre die Qualifikation des Klägers als solchen eigentlich hinreichend bezeichnet. Dafs Gaius dann auch den Beklagten als Vindikanten bezeichnet und den Kläger davon als den unterscheidet,

---

[1]) Ich darf hier nicht verschweigen, dafs ich diese von mir vor mehreren Jahren aufgestellte Erklärung der Zusatzformel bei der Sakramentalklage jetzt nicht mehr für so wahrscheinlich halte, als zur Zeit ihrer Aufstellung. Bedenken erregt vor Allem der Gegensatz zwischen dem starren „meum ex iure Quiritium“ und der Latitude des „secundam suam causum.“ Indessen ich habe diese Hypothese um so lieber den Beteiligten unterbreiten wollen, als sie den Gegensatz zwischen dem formalen Inhalt und der praktischen Tragweite der Vindikationsformel scharf betont, welcher, wenn ich recht sehe, von den Neueren oft noch zu leicht genommen wird.

qui prior vindicaverat, darf nicht irre führen: da nach dem Ritual beide Eigentum behaupten müssen, so sind sie in der That Vindikanten, und die zeitliche Unterscheidung des ersten und zweiten genügt vollkommen, um auch die Parteirollen auseinander zu halten. Schliefslich darf auch nicht vergessen werden, dafs wir bei Gaius keine vollständige Darstellung des ältesten Prozefsrechts erwarten dürfen: grofse Lücken befinden sich sowol am Ende der allgemeinen Einleitung über die Sakramentalklage, wie am Schlufs des Berichts über die legis actio sacramento in rem. An beiden Stellen können von Gaius Dinge gesagt sein, welche die jetzt noch möglichen Bedenken beseitigt hätten. Dafs er aber von dem magistratischen Dekret über Besitz und Parteirollen gesprochen, welches später durch das Interdikt ersetzt wurde, kann man von Gaius nicht gut erwarten, wenn man die Natur dieses Schriftstellers in Erwägung zieht, der das wenige, was er über Rechtsgeschichte giebt, als Einleitung in das geltende Recht vorträgt.

Hiermit könnte die Erörterung über die Kontravindikation in der Sakramentalklage geschlossen werden, wäre nicht unlängst ein Erklärungsversuch gemacht worden, der einen freilich neuen, aber m. E. völlig irrigen Weg einschlägt.

Auch Roth[1]) nimmt die Scheidung der Parteirollen und die Notwendigkeit der Kontravindikation an: allein ihm ist der erste Vindikant der Beklagte, der Contravindikant der Kläger.

Es widerspricht dies jedenfalls der bisherigen Auffassung des Civilprozefsrechts, dafs zuerst der Beklagte sein Eigentum vor dem Richter in Anspruch zu nehmen hat, und es ist interessant, wahrzunehmen, dafs der Verfasser auch bei seinen einzelnen Schlufsfolgerungen fast regelmäfsig das Gegenteil von dem anzunehmen sich genötigt sieht, was der gewöhnlichen Auffassung der Dinge entsprechen würde.

Roth geht von der Bedeutung des sacramentum als Eid- resp. Sühnegeld aus und fährt dann fort: „Widersprechen zwei solche Anrufungen der Götter einander, so war offenbar ein Frevel geschehen, und die Priester mufsten untersuchen, wer den Frevel begangen hatte und sich entsühnen mufste, wodurch gleichzeitig über das eidlich behauptete Recht entschieden werden mufste. Aus vorstehendem ergiebt sich, dafs die Behauptungen der Parteien sich direkt widersprechen mufsten, denn nur so lag

---

[1]) Z. der Savignystiftung III. 1882 p. 121—140.

klar ein Frevel vor, durch dessen Vorhandensein eine Entscheidung der Priester notwendig wurde. Deshalb meine ich, dafs nicht jede Partei ihr Recht unter Anrufung der Götter beteuerte, sondern dafs nur Kläger sein Recht beschwor, Beklagter es eidlich in Abrede stellte, denn nur in diesem Fall war ein Resultat, in dem beide Teile Unrecht hatten, unmöglich, und aufserdem spricht auch der Umstand dafür, dafs später der Sakramentsprozefs den Charakter einer Wette angenommen hat, in welcher sich die Behauptungen der Parteien direkt widersprechen müssen."

Allein man sieht nicht, weshalb gerade ein Frevel vorliegen mufste, wenn die Priester entscheiden sollten. Weshalb nicht zwei Sühnungen, wenn beide zu Unrecht geschworen? dem geistlichen Schiedsgericht konnte das nur recht sein. Wäre aber die Notwendigkeit eines „direkten Widerspruchs", was offenbar Position und Negation bezeichnen soll, vorhanden, so kann von diesem Standpunkt aus die Eigentumsgegenbehauptung des Beklagten erst recht nicht erklärt werden.

Das ist doch kein „eidliches in Abrede stellen." Ob die Positive an erster oder an zweiter Stelle steht, ist zunächst irrelevant, in keinem Fall wird sie dadurch zur Negative. Für das eidliche Leugnen des klägerischen Rechts durch den Beklagten soll nach Roth der Wortlaut der Provokationsformel sprechen, allein da beide Parteien das iniuria vindicavisse des Gegners behaupten, so erhellt, dafs auch hier von Leugnen nicht die Rede sein kann. Somit widerspricht die ganze Deduktion sich selbst: es soll eine Erklärung dafür aufgestellt werden, weshalb auch Beklagter Eigentum behaupten mufste, und es wird, wenn auch mit Unrecht, das Resultat festgestellt, dafs Beklagter nicht positiv aufzutreten hatte, sondern sich blos negierend verhalten durfte, ja sogar verhalten mufste. Und so würden die Schwierigkeiten der gemeinen Meinung durch die These Roths nicht beseitigt.

Der Verfasser fährt fort: „Die in rem actiones gehen nicht auf die herrenlos im Gericht liegende Sache, sondern auf die von jemand vertretene Sache. Erst dadurch, dafs jemand das Recht an der Sache, welches Kläger beansprucht, stört, wird die in rem actio begründet. So lange keine Störung vorliegt ist zwar ein Recht vorhanden, aber keine Klage." Man sollte doch umgekehrt meinen: nicht der Kläger wird in seinem Recht gestört, denn noch hat er gar keines, sondern Beklagter wird gestört und zwar in dem thatsächlichen und rechtlichen Verhältnis zur Sache

und durch den Anspruch des Klägers: dadurch entsteht die Klage. So lange Kläger seinen Anspruch nicht kundgethan hat, existiert keine Klage.

Wenn so die logische und juristische Begründung dieser Construktion als verfehlt bezeichnet werden darf, so ergiebt sich die sachliche Unmöglichkeit derselben denn auch zur Genüge aus dem, was wir über die Sakramentalklage wissen, am deutlichsten freilich aus dem Ritual der In iure cessio, das Roth zur Unterstützung, ja zum Beweise seiner Meinung herangezogen hat. Dieser Schriftsteller nämlich ist der Ansicht, dafs bei der solennen Cession der erste Vindikant d. h. der Cessionar bereits Besitzer ist; er spricht die Formel rem tenens, würde also, falls der Cedent nicht einwilligte, Beklagter sein; und desgleichen hat der Cedent, welcher befragt wird, ob er kontravindizieren will, den Besitz nicht mehr; er müfste also Kläger sein! Von all' diesen Dingen ist das Gegenteil notorisch. Da das Streitobjekt gerade durch den Akt der Cession übertragen werden soll, so hat der Cessionar bei Beginn der Caerimonie das Eigenthum resp. den Besitz natürlich noch nicht. Er soll beides durch dieselbe erst erhalten. Dafs er an die Sache Hand anlegt (rem tenens), ist das Symbol der anfangs gewaltsam zu denkenden Inanspruchnahme = ipsam rem apprehendebat. Allein Eigentümer ist selbstverständlich der Cedent. Er verliert sein Recht an den Cessionar erst durch die auf seine confessio hin erfolgende prätorische Addiction der Sache an jenen.

3. Vindizienregulierung und Exekution.

In dem, was bisher über die Vindizienerteilung gesagt wurde, galt es in erster Linie, die Ursachen dieser Erscheinung und ihren Einflufs auf die Auffassung des Gesamtverfahrens zu eruieren. Betrachten wir nun aber das Verhältnis der Vindizienerteilung zur Definitivsentenz und ihrer exekutorischen Geltendmachung, so ergiebt sich, dafs diese letzteren durch die erstere in absolut bindender Weise bedingt und daher erklärt werden. Denn da über die Sache als solche mit der Vindizienerteilung endgültig verfügt ist — unbeschadet der etwaigen Verpflichtung des Vindizieninhabers zum Wertersatz — so kann naturgemäfs eine Verurteilung in die Sache nicht mehr erfolgen, als welche jeder richterlichen Verfügung entzogen ist, und eben deshalb auch nicht eine Exekution auf die Sache; was allein erübrigt, ist die Exekution auf den in Geld umgesetzten Schätzungswert.

Man hat sich sehr mit Unrecht daran gewöhnt, auf den Wortlaut bei Gaius[1]) hin von einer interimistischen Besitzeskonstituierung durch das Vindiziendekret zu sprechen. Dafs dieselbe endgültig ist, eine definitive Besitz- und Eigentumskonstituirung von Staatswegen durch magistratische Verleihung, zeigt auch die Form der dem Nichtbesitzer zugebilligten Sicherheit, ich meine die Bürgenstellung durch praedes, die als solche bekanntlich dem Staat und nur diesem gestellt werden. Die Konsequenz dieser Eigentümlichkeit ist, dafs der Vindizieninhaber, auch wenn er unterliegt, rechtlicher Eigentümer und Besitzer der Sache bleibt: er hat nur die Verpflichtung, die siegreiche Gegenpartei nach der von dem Liquidationsrichter auf Grund der altrömischen Civilprozefsordnung, des XII Tafelgesetzes, gegebenen Schätzung schadlos zu halten. Die prätorische Besitzverleihung in Form der Vindizienregulierung ist eine notwendig endgültige und büfst diesen Charakter natürlich durch die ihr beigefügte eventuelle Verpflichtung zur Zahlung einer Entschädigungssumme keineswegs ein, so wenig ein bedingter Vertrag aufhört Vertrag und als solcher rechtsgültig zu sein. Dem entspricht wiederum, dafs auch die Bürgen dem Staat nicht für die Sache, sondern für die Leistung der Abfindungssumme gestellt werden: denn da eine Verpflichtung zur eventuellen Restitution der Sache nicht bestand und juristisch auch nicht bestehen konnte, so war auch eine Verbürgung dafür nicht denkbar. Damit war das Institut der Bürgen erst praktisch brauchbar gemacht: unmöglich konnte man und konnten sich die Bürgen zu etwas verpflichten, was zu erfüllen entfernt nicht in ihrer Macht stand, zur Beschaffung des Streitobjekts: wie wenn dasselbe durch Böswilligkeit oder Fahrlässigkeit des Inhabers, ja nur durch casus unterging? Und wenn selbst dieses nicht, welche Möglichkeit physischer Einwirkung auf das Streitobjekt hatte der Bürge bei dem besten Willen, seiner Verpflichtung nachzukommen?

So zeigt sich, wenn man die praktische Verwirklichung der Prozefsordnung zu Ende denkt, ein so vollständiges Ineinandergreifen der einzelnen Faktoren, dafs man hierin die echte und römische Theorie zu sehn unzweifelhaft berechtigt ist.[2])

---

[1]) Gaius IV, 16. Interim vindicias secundum alterum dicebat, id est aliquem possessorem constituebat.

[2]) Ähnlich in Gortyn. Lex Gort. I, 27 ff., cf. Abschnitt IV.

Wenn so die Versagung der Kondemnation wie der Exekution in rem ipsam bei der dem römischen Civilprozeſs zu Grunde liegenden Rechtsidee eine tiefe Notwendigkeit war, derart, daſs sie von dem Legisactionsprozeſs auf das Formularverfahren übertragen wurde, wo ihr diese absolute Notwendigkeit keineswegs mehr eignet, so ergiebt sich, wie uniuristisch oder wenigstens wie wenig dem römischen Recht congenial diejenigen empfanden, welche der Sakramentalklage Kondemnation und Exekution in rem zu vindizieren versuchten. [1])

Eine Auffassung, die das Resultat allgemeiner theoretischer Erwägungen ist, muſs die entscheidende Probe bei der Interpretation der überlieferten Detailangaben bestehn können: es wird sich hier also zunächst um den genauen Inhalt der einschlägigen Quellenbelege handeln.

Die Exekutionsordnung der XII Tafeln in der Sakramentalklage ist uns bei Festus, wenn auch leider lückenhaft[2]), überliefert[3]):

> si vindiciam falsam tulit, si velit is .... <prae>tor arbitros tris dato; eorum arbitrio .... fructus duplione damnum decidito.

Welcher Art die Nachteile waren, die hier an die Unterlassung der Restitution resp. an Nichtbefriedigung der siegreichen Gegenpartei geknüpft werden, wird sich bei der Lückenhaftigkeit der Stelle wol nie mit voller Sicherheit bestimmen lassen. Die Thatsache, daſs es geschah, beweist am besten, daſs hier ein indirekter Zwang zur Realrestitution geübt werden sollte, da ein direkter unmöglich war. Somit fügt sich diese Bestimmung sehr wol in die allgemeinen Prinzipien der römischen Prozeſsordnung ein; um sie mit ihr in Widerspruch zu bringen, bedurfte es der mehr als gewaltsamen Interpretation, mit der Stintzing jene Stelle miſsverstanden hat. So scheint mir wenigstens die Annahme vollkommen in der Luft zu schweben, daſs das beschriebene Liquidationsverfahren sich auf die persönliche Sakramentalklage resp. den dolosen Vindizieninhaber beschränke. Die persönliche Sakramentalklage kennt überhaupt keine Vindizien, und die Frage nach dem dolus der Parteien kommt bei der dinglichen Klage und erst recht bei der Vindizienerteilung in ihr gar nicht in Betracht.

So unmöglich wie diese Negative erscheint mir auch die entsprechende Positive, daſs die dingliche Sakramentalklage mit der präto-

---

[1]) Stintzing, Verhältnis etc.

[2]) Karlowa, Civilprozeſs p. 80 ff.

[3]) Festus s. vindiciae p. 276 M.

rischen Addiktion der Sache an den Sieger, also mit der Realexekution geendet hat. Für diese Annahme darf man sich nicht auf die Analogie der prätorischen Addiktion bei in iure cessio und confessio in iure berufen. Diese letzteren sind beides gleichartige Fälle, wenn man den Unterschied der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Betracht zieht. Das Objekt mufste sich in iure befinden, und da das Verfahren ebendaselbst zu Ende geführt wurde, so war der Beamte allerdings thatsächlich in der Lage, durch sein imperium die Sache in das Gewahrsam ihres nunmehr rechtmäfsigen Besitzers zu bringen, und er war es rechtlich, denn noch hatte er nicht durch Vindizienerteilung über die Sache verfügt. Von alledem nun bietet das Verfahren in iudicio das Gegenteil. Das Streitobjekt ist weder vor Gericht noch dem Richter oder Praetor zugänglich. Weder thatsächlich noch rechtlich, denn es ist Eigentum dessen secundum quem vindiciae datae sunt.

Ebensowenig kann für jene These die Kontumazialordnung der XII Tafeln geltend gemacht werden: ante meridiem causam coiciunto, tum peroranto ambo praesentes. post meridiem praesenti litem addicito. Si ambo praesentes solis occasus suprema tempestas esto [1]). Denn wenn hier auch wirklich von dem Verfahren in iudicio und nicht von dem in iure die Rede sein sollte, was nicht bewiesen ist, aber immerhin als wahrscheinlich zugegeben werden mag, so erhellt doch zur Evidenz, dafs der Ausdruck litem addicito im weiteren Sinn zu nehmen ist, so dafs die Vorschrift bedeutet: der Richter soll zu Gunsten des erschienenen Teils entscheiden. An eine physische Addiktion der Sache an die Partei, wie bei in iure cessio, ist schon deshalb nicht zu denken, weil die Sache selbst sich gar nicht in iudicio befindet; man müfste denn meinen, dafs die Partei, welche die Vindizien erhalten hat und nun unter Preisgebung des vadimonium iudicio sisti den Termin versäumt, so höflich sein würde, das Streitobjekt auf die Gerichtsstätte zu schicken. Anders liegt die Sache, wenn die Partei, welche die Vindizien nicht erhalten hat, kontumaziert wird. In diesem Fall behält die Gegenpartei ihren Besitz.

Wenn wir so die Annahme einer Exekution in rem bei der dinglichen Sakramentalklage durchaus ablehnen müssen, so fehlt eigentlich von vorneherein jedes Substrat für eine Kondemnation in rem bei demselben Prozefsverfahren. Welchen Zweck sollte auch

---

[1]) Lex XII tab. I, 7—9. Mommsen bei Bruns c. p. 18.

eine Verurteilung haben, der die Exequierbarkeit, das wesentlichste Kriterium der Kondemnation, notwendig und prinzipiell versagt ist?

Wenn trotzdem die Annahme einer condemnatio in rem bei der Sakramentalklage oft und mit groſsem Scharfsinn vertreten worden ist, so trägt die Schuld an diesem Miſsverständnis lediglich eine Angabe von Gaius, wie sie freilich unglücklicher und leichter irreführend kaum gedacht werden kann:

> Omnium autem formularum, quae condemnationem habent ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est: itaque et si corpus aliquod petamus, velut fundum hominem vestem aurum argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, <sed> aestimata re pecuniam eum condemnat [1].

Hier scheint in der That, da olim nur auf die Sakramentalklage bezogen werden kann, von einer condemnatio in rem im Legisaktionsprozeſs gesprochen zu werden. Allein man wird wol zu bedenken haben, daſs, wer dieses Zeugnis und zwar in dieser Interpretation festhält, in Widerspruch gerät mit der inneren ratio der Sache sowol wie mit der sonstigen umfassenden und durchaus eindeutigen Überlieferung. Diese bezeichnet so einhellig die pronuntiatio über die Sakramente als das Endziel der Sakramentalklage [2], daſs selbst Stintzing, der mit groſsem Scharfsinn diese Belege hinweg zu interpretieren versucht hatte [3], dieses in der That aussichtslose Bemühen schlieſslich selber aufgab, indem er die anfangs geleugnete pronuntiatio über die Sakramente anerkannte, freilich daneben noch eine sachliche condemnatio in rem ipsam annahm [4]. Allein für ein solches Doppelurteil bieten die Quellen nicht bloſs keinen Anhalt: dasselbe widerspricht auch durchaus der Theorie des ältesten Prozeſsverfahrens. Daſs der Verurteilte zu restituieren oder den Sieger zu befriedigen hatte, wuſste er nach der pronuntiatio über die Sakramente ohnedies: welchen Zweck hätte da der Restitutionsbefehl in Form der condemnatio gehabt? Zumal da er völlig unverbindlich war. Denn weigerte der Verurteilte Restitution resp. Befriedigung, so geschah nicht Exekution in die Sache, über die ja durch die Vindizienerteilung schon endgültig verfügt war, sondern Exekution

---

[1] Gaius IV, 48. Hienach Stintzing c. p. 35 ff.

[2] Cic. pro Caec. 33 de orat. I, 10, 42, pro domo 29, pro Mil. 27. Arnobius adv. gent. 4.

[3] Stintzing c. p. 32 ff. Ebenso Dernburg Heid. Zeitschr. I p. 541 ff.

[4] Stintzing in Heid. Z. III p. 348 ff.

auf Grund des vom Liquidationsrichter festgestellten Schätzungswerts.

Ist dies richtig, so finden wir, wie das vorauszusehn war, in der Sakramentalklage mittelst pronuntiatio und Liquidation denselben Effekt erreicht, der im Formularverfahren freilich einfacher durch die bekannte arbiträre Formel der dinglichen Klage erzielt wurde: si paret hominem etc. Ai Ai esse, ni N N arbitratu tuo restituat, Num Num Ao Ao quanti ea res est condemna. Die formlose Aufforderung zur Restitution liegt implicite bei der Sakramentalklage in der pronuntiatio über die Sakramente, bei der späteren petitorischen Klage in der Konzeption der Formel: wird dieser Aufforderung nicht Folge geleistet, so erfolgt in der ersten Periode Umsetzung des bereits vorher rechtsgiltig anerkannten Anspruchs in Geld durch den Liquidationsrichter, in der zweiten Verurteilung auf quanti ea res est. Man sieht, der Unterschied ist ein rein formaler. Im Formularprozefs ist eine condemnatio in rem völlig unmöglich, in der Sakramentalklage mag man von einer solchen allenfalls insofern reden, als die Verpflichtung zur Restitution in der Entscheidung über die Sakramente unzweifelhaft enthalten ist, freilich eine Verpflichtung, der die Exequierbarkeit ebenso versagt ist, wie dem formlosen arbitratus des iudex in der zweiten Periode.

In dieser Richtung wird man die Erklärung der Gaianischen Meinung zu suchen haben, der sehr mit Unrecht die formale Verschiedenheit vor der faktischen Gleichheit, der Exekution auf den in Geld umgesetzten Anspruch, betonte.

Hierin liegt gleichzeitig der Schlüssel für die Erkenntnis der ältesten Exekutionsordnung und damit der Manusiniectionsklage. Ihr Wesen besteht eben darin, dafs sie die Exekution der aus der Sakramental- oder sonstigen Klage resultierenden Obligation ist, nachdem letztere vorher in Geld umgesetzt worden. So ist sie die Krönung des aus Sakramentalklage und Liquidationsverfahren bestehenden Gebäudes, ihre Voraussetzung demnach der liquide Geldanspruch.

4. Die Manusiniectionsklage.

Schon oben wurde über die äufsere Form der Manusiniectionsklage das Nötigste gesagt; prüfen wir jetzt die bisher angedeutete Auffassung ihrer Theorie an den Detailzeugnissen.

Gaius berichtet über sie folgendermafsen[1]): Per manus in-

[1]) Gaius IV, 21.

iectionem aeque de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur lege aliqua cautum est, velut iudicati lege XII tabularum: quae actio talis erat. qui agebat, sic dicebat: Quod tu mihi iudicatus sive damnatus es sestertium X milia eaque, quando oportet, non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium decem milium iudicati manum inicio, et simul aliquam partem corporis eius prendebat. nec licebat iudicato manum sibi depellere et pro se lege agere, sed vindicem dabat, qui pro se causam agere solebat; ⟨at⟩ qui vindicem non dabat domum ducebatur ab actore et vinciebatur.

Es folgen dann die bekannten Ausführungen über Spezialgesetze, welche einzelnen und zwar nur liquiden Geldforderungen die Qualität der Geltendmachung mittelst Exekutivklage beilegten.

Was die Form angeht, welche das Prozeſsverfahren bei dem Eintreten eines vindex annahm, so darf nach der eindringenden Untersuchung Ungers[1]) eine Anzahl früherer Vermutungen beseitigt und die Annahme als erwiesen gelten, daſs es sich eben um das Recht der ductio als solches gehandelt hat. Der Gläubiger will den Schuldknecht als solchen ergreifen: es ist handgreifliche Geltendmachung einer behaupteten Gewalt über eine Person. Damit ist denn auch die Notwendigkeit des Vindex erklärt; hätte man dem prensus gestattet, die Rechtmäſsigkeit der Prension selbst zu bestreiten, so wäre er gleichzeitig Streitobjekt und Streitsubjekt gewesen. Es ist also ein Verhältnis analog dem Freiheitsprozeſs, wo auch für den Umstrittenen ein Dritter eintreten muſs. Analog, aber nicht gleich. Denn auch darin hat Unger wol Recht: der Exekutivprozeſs aus dem Iudikat ist kein Freiheitsprozeſs[2]). Gläubiger will den Schuldner nicht als Sklaven, sondern in die Schuldhaft führen.

Allein schwerlich konnte das, wie Unger will, in der Form eines Vindikationsprozesses über das Recht der Handanlegung und ductio, also über eine Art privatrechtlicher Hörigkeit, an manus iniectio competat, geschehn.

Wir sehen durch die Sakramentalklage in rem dingliche resp. Gewaltrechte gewahrt. Ob nun die Formel hunc ego hominem pro iudicato meum esse aio im stande ist, ein solches Hörigkeitsverhältnis zu vertreten, ist mehr als zweifelhaft: behaupte ich hominem meum esse, so nehme ich ihn nach römischem Sprachgebrauch als meinen Sklaven in Anspruch, und so kämen wir auf

[1]) Unger. Prozeſs mit dem Vindex in Z. f. R. VII 1868 p. 192—208.
[2]) A. M. Rudorff in Z. f. g. R. XIV p. 317.

den Freiheitsprozefs, die vindicatio in servitutem, die Unger mit Recht ablehnt. Zudem: an die vindicatio in servitutem schliefst sich ja wie an jede Vindikation die Umsetzung des Streitobjekts in Geldwert; da dieser Geldwert aber ebenfalls nur durch Manusiniectionsklage exequierbar ist, so bekommen wir einen circulus vitiosus der schlimmsten Art. Man sieht nicht ein, auf welchem Wege hiernach der Kläger zur endlichen Realisierung seines rechtlich anerkannten Anspruchs gelangt. Auch führt wol der unbefangene Eindruck von Gaius' Schilderung darauf, dafs jede der von ihm beschriebenen Legisactionen ein in sich geschlossenes Ganzes und nicht eine von ihnen in die andere unter Umständen auszulaufen bestimmt ist. So wird man annehmen müssen, dafs in der legis actio per manus iniectionem in einer uns unbekannten Weise an das Auftreten des vindex sich die Bestellung des Richters zur Beurteilung der Rechtmäfsigkeit der Ductio unmittelbar, vielleicht formlos oder doch unsolenn anschlofs.

Die aus den XII Tafeln [1]) erhaltenen Bestimmungen über das Ritual der gerichtlichen manus iniectio bestätigen die Auffassung, dafs dieselbe wesentlich und allein zur Exekution einer wie auch immer entstandenen liquiden Geldschuld bestimmt ist: Aeris confessi rebusque [2]) iure iudicatis [3]) triginta dies iusti sunto. post deinde manus iniectio esto. in ius ducito. Ni iudicatum facit aut quis endo eo vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus. Es folgen dann die Bestimmungen über Schuldhaft. Was den viel bestrittenen Anfang betrifft, so ist so viel klar — und nur dies kommt hier in Betracht — dafs die confessio in iure auf ein incertum an sich ebenso die Kraft des Iudikats hat, wie die auf certum aes. Allein wenn ersichtlich der letzteren die unmittelbare Exequierbarkeit verliehen wird, die jener stillschweigend versagt ist, so ist eben der Grund der, dafs die Liquidität der Geldschuld unweigerliche Vorbedingung der Exekutivklage ist.

---

[1]) Lex XII tab. III, 1—3. Mommsen bei Bruns l. c. p. 19f.

[2]) Karlowa c. p. 155 liest reisque. Über den Sinn kann kein Zweifel sein.

[3]) Puntschart, Prozefs der Verginia p. 16 schliefst aus der Stellung aeris confessi rebusque iure iudicatis, dass die manus iniectio gegen den confessus in der Entwicklung des römischen Prozefsrechts eher gedacht werden müsse als die gegen den iudicatus. Wo nicht, so hätte es in den XII Tafeln heifsen müssen: Rebus iure iudicatis aerisque confessi! Der Gedanke, dafs confessio in iure in jedem einzelnen Fall das Judikat ersetzt, also in der regelmäfsigen Folge zuerst genannt werden mufs, scheint diesem Schriftsteller nicht gekommen zu sein.

Die confessio auf incertum macht die Schätzung im Liquidationsverfahren nötig, welche dann ihrerseits — also nicht mehr die confessio in iure — Substrat der Exekution ist. Die Worte post deinde manus iniectio esto beziehen sich, wie Karlowa[1]) richtig bemerkt, auf das ganze Verfahren = es soll das Handanlegungsverfahren stattfinden. Dieses wird nun im folgenden beschrieben. Die Worte in ius ducito besagen, dafs Gläubiger nicht nötig hat, seinen Schuldner in ius zu vocieren, wie bei jeder anderen Klage, er darf ihn vielmehr vor Gericht führen, d. h. die aufsergerichtliche m. i. an ihm vornehmen. Also die gerichtliche m. i. hat die aufsergerichtliche stets zur Voraussetzung. Nun folgt, was in Gaius' oben angeführter Darstellung des Verfahrens mitgeteilt ist, die solenne Handanlegung vor dem Prätor, welche dem Prozesse den Namen gegeben hat, mit einer diese Handanlegung ausdrücklich rechtfertigenden ebenso feierlichen Formel. Dafs wirklich diese zweite m. i. das Entscheidende an dem Verfahren ist, kann man sich sowol aus eigener Erwägung sagen, als auch folgt es aus der Bemerkung von Gaius,[2]) es sei das Wesen der eigentlichen Legisaktionen (im Gegensatz zur pignoris capio), dafs sie nicht extra ius sondern nur apud praetorem praesente adversario vollzogen werden könne. Ist nun diese feierliche Handanlegung unter Bezeichnung des Grundes d. h. der Forderung erfolgt, so kann das Verfahren, falls der Schuldner seinen Gläubiger nicht sofort befriedigt, nur noch entweder in addictio des Schuldners an den Gläubiger oder, falls ein Vindex auftritt, in einen Prozefs mit ihm auslaufen: ni iudicatum facit aut quis endo eom iure vindicit, secum ducito.

Das ganze Ritual spiegelt sich, freilich auf einer späteren Stufe seiner Entwicklung, in dem Stadtrecht von Ossuna wieder,[3]) wo es heifst: cui quis ita ma> num inicere iussus erit, iudicati iure manus iniectio esto idque ei s(ine) f(raude) s(ua) facere liceto. Vindex arbitratu II viri quive i(ure) d(icundo) p(raeerit) locuples esto.[4]) Ni vindicem dabit iudicatumve faciet, secum ducito. Iure

---

[1]) Karlowa c. p. 156: es könnte auch gemeint sein, man dürfe den Judikatschuldner, ohne ihn in ius zu vozieren, mittelst Handanlegung vor Gericht schaffen, wodurch über legis actio per m. i. noch nichts bestimmt worden wäre. In keinem Fall darf an die solenne m. i. vor dem Praetor gedacht werden, von der Gaius IV, 21 spricht und die der Höhepunkt des Verfahrens ist — wie Puntschart c. p. 8 will.

[2]) Gaius IV, 29.

[3]) Lex colon. Jul. Genet. cap. 61.

[4]) Bekanntlich auch den XII Tafeln entsprechend.

civili vinctum habeto. Si quis in eo vim faciet, ast eius vincitur, dupli damnas esto colonisque eius coloniae H S ccIɔɔ ccIɔɔ dare damnas esto etc.

Es ist der Versuch gemacht worden,[1]) die Worte si quis in eo vim faciet auf einen gewaltsamen Befreiungsversuch des vinctus zu deuten. Es ist dies derselbe Irrtum, als wollte man die Sakramental- oder die Interdiktenklage wegen der festuca resp. der auf vim facere gerichteten Sponsion als actio de vi auffassen. Zudem passen die Worte ast eius vincitur dann nicht; dafs jemand wegen gewaltsamen Befreiungsversuchs nur dann bestraft wird, wenn er ihn wirklich begangen hat, braucht nicht erst gesagt zu werden. Die richtige Erklärung ist vielmehr gleich bei der Herausgabe der Inschrift von Mommsen[2]) gegeben worden: wenn jemand als vindex auftritt und den Prozefs verliert. Ob auch im römischen Iudikatsprozefs der Vindex im Fall der Verurteilung das duplum zu zahlen hat, läfst sich aus unseren Quellen mit absoluter Sicherheit nicht entnehmen; allein schon die Analogie des Rechts von Ossuna deutet darauf hin und nicht weniger die Litisrescenz der späteren actio iudicati.[3]) Dazu kommt, dafs wir von den meisten Klagen, welche in der ersten Periode dem Exekutivprozefs unterlagen, nachweisen können, dafs sie auch in dem Formularprozefs entweder stets oder doch im Fall der infitiatio auf duplum conzipierten.[4]) Endlich, da die spätere abgeschwächte legis actio per manus iniectionem die Notwendigkeit des vindex abschaffte und die Klagübernahme durch den Schuldner gestattete,[5]) so ist nicht recht abzusehn, welcher Vorteil bei der Exekutivklage noch für den Gläubiger hätte übrig bleiben können, falls dieselbe nicht auf das duplum gegangen wäre.[6])

5. Aufsergerichtliche Manusiniectio. Ihr Verhältnis zur Manusiniectionsklage.

Der gerichtlichen Handanlegung in der Exekutivklage geht die aufsergerichtliche voran: man hat neuerdings wiederholt ver-

---

[1]) Von Exner in Z. f. R. XIII p. 392—398.

[2]) Mommsen in Eph. ep. III p. 110.

[3]) Gaius IV, 9. IV, 171 etc.

[4]) Gaius IV, 12.

[5]) Gaius IV, 24.

[6]) A. M. Unger l. c.

sucht das Vèrhältnis umzukehren und überall da, wo die aufsergerichtliche m. i. vorkommt, die Exekutivklage anzunehmen. Es erscheint deshalb nötig, die wesentlichsten Fälle der ersteren in Betracht zu ziehn.

a. Bis in die späteste Zeit konnte man bei dem Verkauf von Sklaven die aufsergerichtliche Ergreifung und Wiederinbesitznahme für gewisse Fälle vorbehalten[1]): hier leuchtet ein, dafs ein gerichtliches Verfahren dem Sinn der Abrede gradezu widerspricht — abgesehn davon, dafs in jener Zeit die Legisaktionen längst nicht mehr existierten.

b. Dafs der fur manifestus von dem Prätor dem Bestohlenen addiziert wurde, ist bestimmt überliefert; dafs letzterer ihn gewaltsam, also mit Handanlegung, vor Gericht schaffen wird, im höchsten Grade glaubhaft. Somit finden wir hier ein wesentliches und ein unwesentliches Kriterium der legis actio per m. i., und es kann daher nicht befremden, dafs der Versuch gemacht wurde[2]), das Verfahren bei furtum manifestum als Exekutivklage zu konstruieren. Vom Standpunkt der oben gegebenen Darstellung der legis actio per m. i. aus würde derselbe natürlich zu verwerfen sein, weil weder eine liquide Geldschuld noch über das Verfahren bei Eintreten eines vindex in der actio furti manifesti irgend ein Zeugnis vorliegt. Allein sehen wir davon ab und prüfen wir die für jene Meinung vorgebrachten Belege.

> capitale crimen (sc. furtum manifestum) apud maiores fuit ante poenam quadrupli[3]).
> ex ceteris manifestis furibus liberos verberari addicique iusserunt ei, cui furtum factum esset, si modo id luci fecissent neque se telo defendissent[4]).
> duram esse legem putas..... quae furem manifestum ei, cui furtum factum est, in servitutem tradit[5])?
> poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat:

---

[1]) L. 9 D. 18, 7. L. 20, § 2. D. 40, 1. L. 1 f. Cod. 4, 55. L. 7 D. 40, 8. L. 10 § 1 D. 2, 4 etc.

[2]) Keller c. p. 76, zweifelnd p. 201. Puchta, Institutionen I p. 477. Wach zu Keller p. 76 n. 220. Dagegen Bethmann-Hollweg c. p. 171. Voigt, das Recht der XII T. I p. 379. II p. 550. 561.

[3]) Servius zu Aen. VIII, 205.

[4]) Gellius XI, 18, 8.

[5]) Gellius XX, 1, 7: das Ganze ist ein Gespräch zwischen Favorinus und S. Caecilius über die XII Tafeln.

nam liber verberatus addicebatur ei, cui furtum fecerat; utrum autem servus efficeretur ex addictione an adiudicati loco constitueretur, veteres quaerebant[1]).

Man sieht, dafs sie positiv für jene Annahme keinen Beweis geben: wol aber läfst sich bei genauer Betrachtung aus ihnen ein Beweis des Gegenteils entnehmen. Denn wenn darüber gestritten wurde, ob die prätorische Addiktion des fur manifestus an den Bestohlenen jenen in den Zustand des Sklaven oder des adiudicatus versetzt d. h. desjenigen, der in der Exekutivklage dem Kläger zugesprochen wird — und ein Residuum dieses von Gaius ausdrücklich bezeugten Streits finden wir noch in dem Gespräch des Favorinus — ist da nicht die Schlufsfolgerung absolut notwendig, dafs das Verfahren selbst, welches zu jener Addiktion führte, nicht die Exekutivklage gewesen ist? Wäre das anders gewesen, der Streit hätte nie aufkommen können. Vielmehr ist der Grundgedanke des Verfahrens offenbar der, dafs das *ἐπ' αὐτοφώρῳ λαβεῖν* eben als Beweis gilt und das eigentliche Gericht überflüssig macht[2]); leugnet aber der fur manifestus, so entscheidet der Prätor kraft seiner Kognition, wie das aus zahlreichen Belegen der antiken Komödie hervorgeht: immer wird das Verfahren vor dem Prätor, d. h. in iure erledigt[3]). Für einen vindex ist absolut kein Raum. Es würde durch sein Eintreten die Trennung des Verfahrens in iure und in iudicio nötig werden, die bei der actio f. m. gerade vermieden worden ist und vermieden werden sollte, weil das Ergreifen auf frischer That dem Beweise gleichgesetzt wird.[4])

c. Schwieriger liegt die Frage in dem Fall, dafs der in ius vocatus widerstrebt resp. Fluchtversuche macht und von dem Ansprechenden mittelst Handanlegung vor Gericht geschafft wird. Wenn man den Fluchtversuch als konkludenten Schuldbeweis als der confessio gleichwertig betrachtete, wie die Ergreifung bei dem fur manifestus, so lag es nahe, an die Exekutivklage zu denken, und auch sehr vorsichtige Forscher haben dieser Versuchung nicht

---

[1]) Gaius III, 189.

[2]) So sagt Tacitus ann. XI, 6: non iudicium quippe in manifestos sed poenam.

[3]) Bethmann-Hollweg c. p. 171.

[4]) Von anderen Gesichtspunkten gelangt zu demselben Resultat Ubbelohde in seiner Rezension der Schrift Puntscharts in den G.G A. 1863 p. 1491 f.

widerstehn können [1]). Dazu kam eine scheinbare Steigerung in den XII Tafeln als ausschlaggebendes Moment [2]): si in ius vocat, ni it, antestamino; igitur em capito. Si calvitur pedemve struit, manum endo iacito. Hier wird also das bloſse capere von dem manum inicere unterschieden, und man empfand die Verpflichtung, diesem Unterschied praktische Bedeutung unterzulegen.

Auf derselben ersten Tafel nach unseren Fragmentsammlungen befinden sich hergebrachterweise die bekannten Bestimmungen über den Vindex bei in ius vocatio [3]): assiduo vindex assiduus esto; proletario cui qui volet vindex esto. So hatte man denn auch den vindex, der zur Exekutivklage gehört, besonders da man damit das spätere Verfahren im Formularprozeſs in Verbindung brachte, nach welchem der vocatus entweder zur Folge oder zur Stellung eines vindex verpflichtet ist [4]): formulae, quae sub titulo de in ius vocando propositae sunt, in factum conceptae sunt, velut adversus eum, qui in ius vocatus neque venerit neque vindicem dederit.

Allein gegen diese an sich recht gut zusammenhängende Auffassung ist von Lenel eine Reihe der schwersten Bedenken geltend gemacht worden [5]). Der technische Ausdruck für Exekutivklage ist nicht manum endo iacito, sondern manus iniectio esto, wie diejenigen Urkunden zeigen, in welchen eine solche zweifellos angeordnet wird. [6]) An den Stellen, welche von der Handanlegung bei in ius vocatio sprechen, ist von einer solchen Konsequenz entfernt nicht die Rede. Zudem worauf sollte die Exekutivklage gehn? Nicht nur, daſs kein liquider Geldanspruch da ist: wir wissen nicht einmal, ob überhaupt bei in ius vocatio Bezeichnung des Anspruchs durch den Kläger nötig war. Daſs Weigerung der Gerichtsfolge resp. Fluchtversuch als Schuldbekenntnis etwa wie das Ergreifen auf frischer That angesehn wird, das würde man vollkommen begreifen; um aber aus dieser Möglichkeit nicht falsche Schlüsse zu ziehn, muſs man sich gegenwärtig halten, daſs auch der confessus nicht der Exekutivklage unterliegt, sondern nur der confessus aeris: daſs aber der gewaltsam vor Gericht Ge-

---

1) Puchta c. p. 465 f. 476 f. Ihering c. I p. 158. Unger c. p. 206 f. Karlowa c. p. 321 f. Huschke c. p. 398 ff.

2) Lex XII tab. I, 1 f. bei Bruns fontes p. 16 f. Ich halte Mommsens Reconstruction für evident.

3) Lex XII tab. I, 4 bei Bruns c. p. 17.

4) Gaius IV, 46.

5) Z. der Savignystiftung II p. 43—54.

6) Lex XII tab. III, 2. Lex Rubria c. 61. Inschr. v. Lucera.

schleppte als confessus auf certum aes sollte betrachtet sein, das wird niemand behaupten wollen. Demnach müfste mindestens noch eine Litisaestimation dazwischen geschoben werden.[1]) Allein damit würde der eigentliche Wert des ganzen Verfahrens, eine beschleunigte und auch gegen den Willen des Beklagten sofort durchführbare Prozedur zu schaffen, vollkommen vereitelt sein. Auch sagen die XII Tafeln, wo sie von in ius vocatio sprechen, über dieses arbitrium l. a. nichts, und man darf nicht einwenden, es sei in dem Folgendem davon die Rede gewesen und dieser Teil uns verloren; denn wir haben gerade hier ein längeres zusammenhängendes Stück, und ein Blick auf dasselbe zeigt, dafs der Gesetzgeber sofort auf andere Dinge übergegangen ist, also hierüber weiteres zu sagen nicht für nötig befunden hat. Die einzige Überlieferung, die wir über das Liquidationsverfahren haben, knüpft dasselbe an die Bedingung der falsae vindiciae latae, demnach an eine Voraussetzung, welche nur bei der in rem actio erfüllt werden kann.[2])

Vollends entscheidend wäre ein Argument, welches Lenel anführt, falls dasselbe bei genauer Prüfung sich bestätigen sollte. Derselbe deduziert folgendermafsen[3]): Der Streit bei der legis actio per m. i. dreht sich um das Recht zur manus iniectio resp. ductio. Hiernach hätte in unserm Falle nur die Frage Streitgegenstand bilden können, ob Kläger in ius voziert und Beklagter Fluchtversuche gemacht habe; denn dies und nicht der materielle Anspruch des Klägers sind die gesetzlichen Voraussetzungen des manum endo iacito. Der vindex müfste hienach fast immer unterliegen.

Allein ich fürchte sehr, dafs diese ganze Deduktion auf einem zu weit getriebenen Formalismus beruht. Man denke nur an die Exekutivklage aus dem Iudikat! „Gesetzliche Voraussetzung der ductio“ ist hier offenbar das Iudikat, und doch wird niemand behaupten, dafs bei Eintreten des vindex die Existenz des Iudikats Gegenstand des Prozesses gewesen sein wird: zweifellos führte ein solches Eintreten zu einer nochmaligen Untersuchung über den Rechtsgrund des Iudikats, so dafs der Exekutivprozefs faktisch eine Revisions- resp. Kassationsinstanz darstellt. Die rechtliche Konstruktion dieser Thatsache ist nicht leicht. In den meisten

---

[1]) Dies nimmt denn auch Karlowa c. p. 322 n. 2 an.

[2]) Es sei beiläufig bemerkt, dafs hienach über das Verfahren bei der auf ein facere, also ein incertum gerichteten Obligationsklage eine vollkommen deutliche Anschauung nicht zu erreichen ist.

[3]) Lenel c. p. 50 f.

Fällen wird der Vindex weder die Existenz des Iudikats geleugnet noch Erfüllung desselben durch den Beklagten behauptet haben — Beides war in der Regel notorisch eventuell unterlag es der prätorischen Kognition in iure — sondern er bestritt die Rechtsbeständigkeit des Urteils aus formalen oder materialen Gründen. So auch hier; der vindex hätte weder die Thatsache der Ladung noch des Fluchtversuches, sondern die Berechtigung des materiellen Anspruchs des Ladenden zu bestreiten.

Allein Demelius hat mit vollem Recht darauf aufmerksam gemacht[1]), dafs die Basis der herrschenden Meinung nichts weniger als fest steht, nämlich das Vorkommen des vindex bei in ius vocatio überhaupt. Die Aufnahme der den vindex betreffenden Bestimmungen in die von in ius vocatio handelnde erste Tafel unserer modernen Fragmentsammlungen[2]) war vielmehr nur ein freilich folgenschwerer Irrtum, der gleichzeitig Ursache und Folge jener Annahme einer eventuellen Exekutivklage bei in ius vocatio geworden ist. Dafs vielmehr jene Bestimmungen über vindex der vom Exekutivprozefs handelnden dritten Tafel zuzuschreiben ist,[3]) zeigt die Reihenfolge sowol in dem oben angeführten Kapitel des Stadtrechts von Ossuna[4]) wie der der Erklärungsversuche in dem Digestentitel si quis in ius dicenti non obtemperaverit. Somit ist der Unterschied zwischen capere und manum inicere bei der Ladung rein thatsächlich so zu verstehn, dafs erstere ein Anfassen als Symbol des Verhafts bedeutet, das zweite eine gewaltsame Festnahme.[5]) Die Differenz betrifft wesentlich den Ehrenpunkt. Leute niederen Standes und Verdächtige oder solche, die sich durch ihr Benehmen verdächtig machen, werden eben vor den Prätor geschleppt, wie das in zahlreichen Scenen bei Plautus[6]) anschaulich geschildert wird. Auf den Mann von Stande nahm man mehr Rücksicht, ja pflegte man sogar die Rücksicht zu nehmen, dafs man ihn

---

[1]) Demelius in Z. der Savignystiftung II p. 1—13.

[2]) Schoell, leg. XII tab. rel. p. 116. Bruns c. p. 17.

[3]) So jetzt Voigt c. I p. 701.

[4]) cf. oben p. 154.

[5]) Lenel l. c. macht auf eine interessante Parallele im englischen Recht aufmerksam, wo auch die Verhaftung erst wirksam wird by corporal seizing or touching the defendant body. Blackstone III, 19. Ruettimann § 192. cf. Gellius XIII, 13. Gaius IV, 183. Cod. Theod. c. 54. X, 32.

[6]) Aulul. IV, 10, 30. Poen. III, 5, 45. V, 4, 60 ff. Rud. III, 6, 30. Terent. Phormio V, 8.

überhaupt nicht mit der in ius vocatio überfiel, sondern mit ihm einen Termin verabredete, wo beide sich in iure einfinden sollten.

6. Die Handanlegung im Freiheitsprozefs.

Wir kommen nunmehr zu dem letzten Fall, dem der Handanlegung im Freiheitsprozefs. Auch hier abstrahieren wir von den Voraussetzungen der Exekutivklage, welche oben festgestellt wurden und welche die Ausdehnung derselben auf die causa liberalis von vornherein unmöglich machen müfsten: die Freiheit läft sich natürlich nicht in Geld umsetzen. Wir betrachten vielmehr die Frage an sich.

Die These, dafs der Freiheitsprozefs Exekutivklage sei, wurde zuerst von Heffter[1]) aufgestellt und alsdann von Mayer[2]) auf den berühmtesten Freiheitsprozefs des klassischen Altertums, den um Verginia ausgedehnt. Ihm schlofs sich kein Geringerer als Puchta[3]) an, und ausführlich wurde diese Auffassung dann auch in der einzigen Monographie, die wir über diesen Prozefs bis jetzt besitzen, vertreten.[4]) Daneben hat es von vornherein nicht an Widerspruch gefehlt, und man darf wol behaupten, dafs die herrschende Meinung im Anschlufs an die ausdrückliche Überlieferung von Gaius,[5]) dafs der Prozefs über Gewaltrechte, zu denen auch der Freiheitsprozefs gehört, in Form der legis actio sacramento in rem erledigt wurde, der Ausdehnung der Exekutivklage auf die causa liberalis widerstrebt.[6]) Ich zweifle nicht, dafs sie damit das Richtige trifft. Die Notwendigkeit des vindex freilich erklärt sich aus demselben Grunde wie bei der legis actio per m. i. Es kann der Beklagte nicht

---

[1]) Gaii instit. comm. IV. 1827 p. 15.

[2]) ad Livii lib. III c. 44—48. 1828.

[3]) Puchta c. I p. 477.

[4]) Puntschart, Der Prozefs der Verginia. 1860.

[5]) Gaius IV, 14: si de libertate hominis controversia erat, etsi pretiosissimus homo esset, tamen ut L assibus sacramento contenderetur, eadem lege cautum est, favore scilicet libertatis, ne onerarentur assertores.

[6]) Zimmern, Civilprozefs § 44. Ausführlich Schmidt in Z. f. Rechtsgeschichte XIV. 1848 p. 71—94. Ihering, Geist III p. 95 n. 119. Eck c. p. 25. Rudorff zu Puchta c. p. 477, 1 u. Rechtsgeschichte II p. 86. Keller c. p. 101. Karlowa c. p. 89 f. cf. p. 184 ff. Bethmann-Hollweg c. I p. 137 f. Ubbelohde c. p. 1486—1489. Programm von Feldkirch 1861/62 p. 7—13.

gleichzeitig Streitobjekt und Streitsubjekt sein[1]): wie es sich dort um das Recht zur Abführung in die Schuldhaft, so handelt es

---

[1]) Eine Ausnahme freilich von dieser Regel will Voigt c. II p. 68, 15 u. p. 70 statuieren: „Die defensive Geltendmachung der libertas, zu Gunsten somit des in libertate morans gegenüber der vindicatio in servitutem erfordert weder noch läfst zu einen assertor: dieselbe wird von dem Vindizierten selbst zugleich als Beklagten übernommen.“ Indessen jene Regel kennen wir bis jetzt als ein ausnahmsloses Dogma, und sie ist in der That so beschaffen, dafs eine einzelne Ausnahme ihre dogmatische Kraft völlig aufheben würde. Prüfen wir, ob zur Statuierung einer solchen Ausnahme irgend ein Grund vorliegt. Zunächst die bekannte Regel von der Stellvertretung im Legisactionsverfahren (Gaius IV, 82 mit Pr. J. 4, 10) spricht von der Stellvertretung im Freiheitsprozefs (pro libertate), ohne dieselbe auf einen einzelnen Fall oder eine Kategorie von Fällen zu beschränken. Die Verfügung Justinians, kraft deren er die Assertion aufhebt (L. 1 C. VII, 17), lautet zu Anfang: Lites super servili condicione movendas ad clementiorem tam examinationem quam terminum transferimus iubentes, si quis, vel adhuc serviens, liberum se esse dixerit vel in libertate commorans ad servitutem vocatus fuerit, adsertoris difficultatem in utroque casu cessare ipsumque per se ad intentiones eius, qui dominum sese adserit, respondere et, si ex possessione libertatis ad servitutem ducitur, etiam procuratorem dare minime prohibere, quod his, qui ex servitute ad libertatem prosiluerint, penitus interdicimus.“ Man sieht deutlich: Justinian schafft ausdrücklich die Assertion sowohl für die vindicatio in libertatem als auch für die in servitutem ab, deren Bestehn in dem letzteren Fall von Voigt geleugnet ist: soll man nun dem Kaiser zutrauen, er habe etwas abgeschafft, was zuvor nicht bestand? Dafs demgemäfs in den Digesten die Spuren des assertor nach Möglichkeit verwischt sind, wird daher niemand als ein Beweis für seine Nichtexistenz betrachten: eher als Beweis des Gegenteils, wenn sich trotzdem noch Spuren von dieser Einrichtung finden, auf welche Puchta (II p. 125 f.) aufmerksam macht. Und wenn wir nun die Stelle lesen, auf welche allein Voigt seine ganze schwerwiegende Kombination stützt: L. 11 § 9 D. 47, 10 aus Ulpians Ediktskommentar: ei, qui servus dicitur seque adserit in libertatem, iniuriarum actionem adversus dicentem se dominum competere nulla dubitatio est, so wird man die Erklärung wol natürlich finden, dafs die Redaktoren der Digesten hier, wie an den meisten anderen Stellen, mit jenen wenigen Ausnahmen, welche auf Nachlässigkeit zurückzuführen sind, die klassischen Juristen einfach, wie ihre Pflicht war, interpoliert haben. Welchen Sinn sollte wol auch unter jeder anderen Voraussetzung der Satz des Priscian haben: Inst. Gramm. XVIII, 30 p. 292: „assertio tam a servitute in libertatem quam a libertate in servitutem dicitur“? Und schliefslich, wer sich in das römische Prozefsrecht eingelebt hat, wird der nicht sagen müssen, dafs die Stellung jemandes, der sich mittelst actio in rem selbst in libertatem vindiziert, auf ein Haar derjenigen Münchhausens ähnt, der sich an seinem eignen Zopf aus dem Sumpf zieht? Die Notwendigkeit des vindex bei der vindicatio in servitutem hat für uns Moderne etwas in hohem Grade Befremdendes,

sich hier um das zur Abführung in die Sklaverei. Ist das richtig, so ergiebt sich der Unterschied von Freiheitsprozefs und Exekutivklage schon hieraus von selbst: er ist — wenn man nur diese Seite der Sache in Betracht zieht — ebenso grofs, wie der von Sklaverei und Schuldhaft, die niemand wird identifizieren wollen.

Wenn so die Freiheitsklage auch bei der etwa vorangehenden aufsergerichtlichen Handanlegung zweifellos keine Exekutivklage war, so verdient wol die Frage eine nähere Erwägung, ob wirklich die manus iniectio in jedem Fall integrierender Bestandteil des Libertätsprozesses gewesen ist.

Die ratio der Sache wie die Natur unserer Ueberlieferung scheinen mir hier eine bisher unterlassene Unterscheidung zu verlangen. Vindiziere ich jemanden als meinen Sklaven, der seinerseits homo sui iuris zu sein behauptet, so entspricht es der Natur der Sache, dafs ich ihn gleichsam als herrenloses Objekt — von meinem Standpunkt aus — mittelst Handanlegung vor Gericht schaffe: man könnte noch einen Schritt weitergehn und sagen, selbst das letztere ist überflüssig, sobald der Beanspruchte, etwa ein servus fugitivus, die Rechtmäfsigkeit der Prension anerkennt und sich fügt. Auf diesen Fall, sowie auf die oben sub a) angeführte Kategorie, mit der er ja auch zusammenhängt, ist wol die Glosse von Servius zu beziehen [1]:

> sermone usus est iuris; nam manus iniectio dicitur, quotiens nulla iudicis auctoritate exspectata rem nobis debitam vindicamus [2].

---

daher dieser Versuch, sie aus dem römischen Recht zu entfernen, wie ein ähnlicher von einem höchst besonnenen Gelehrten, Platner c. II, 238 f., für das griechische Recht gemacht worden ist. Man unterschätzt dabei die Bedeutung des öffentlichen Lebens im Altertum und gleichzeitig die Thatsache, dafs die antiken Privatrechte zunächst immer auf die kleinsten Verhältnisse zugeschnitten sind. Ausführlicher ist darüber oben bei Gelegenheit des griechischen Rechts gesprochen.

[1]) Zu Verg. Aen. X, 419: Iniecere manum Parcae telisque sacrarunt Evandri.

[2]) Wie Puntschart c. p. 9 zu der Bemerkung kommt, es sei ein aufsergerichtliches m. i. gemeint, auf welches ein in ius ducere folgte „weil sonst die Worte nulla etc. eine mäfsige Zuthat wären“ — cf. p. 28 f. „die Worte iudicis etc. sind nur dann nicht müfsig, wenn man sie auf das in ius ducere bezieht“ — ist mir unbegreiflich. Das Gegenteil steht ausdrücklich da: nulla iudicis auctoritate exspectata d. h. man hat nicht die Absicht, den Sklaven

Ganz anders aber liegt der Fall, wenn ich jemanden als meinen Sklaven vindiziere, der bisher faktisch homo alieni iuris, etwa filius familias war. Es liegt auf der Hand, dafs ich mich mit meinem Anspruch ebenso an den Gewaltherrn, den pater familias, zu halten habe, wie wenn ich irgend einen Gegenstand, eine beliebige res mobilis beanspruche, die in seinem Besitze ist. Dies ergiebt sich schon daraus, dafs der Gewalthaber auch ökonomisch an seinem Gewaltrecht interessiert ist: der Haussohn erwirbt ja, was er hat, für seinen Gewaltherrn, und deshalb würde er geschädigt werden, falls man einen anderen als ihn zur Übernahme des Prozesses legitimiert erachten wollte. Demnach scheint es mir zweifellos, dafs, wer einen filius familias — natürlich stehen dem die filia familias und die loco filiae familias befindliche uxor in manu völlig gleich — als seinen Sklaven vindizieren will, einfach den Gewaltherren derselben in ius zu vozieren hat, eventuell mit dem Verlangen, das Streitobjekt in iure mitzubringen: das Verfahren gestaltet sich ganz ebenso, als wenn man den Sklaven eines anderen als seinen Sklaven vindizieren will — ohne dafs man deswegen den Unterschied von patria und dominica potestas zu verkennen braucht. Will man also auch für diesen Fall des Freiheitsprozesses die aufsergerichtliche Handanlegung festhalten, so ist es nur möglich, wenn man dieselbe Prozedur bei der dinglichen Klage überhaupt und ausnahmslos d. h. natürlich bei der um Mobilien, annimmt. Das ist denn auch konsequenterweise gethan worden: es ist die Ansicht aufgestellt, dafs jeder, der eine Mobilie vindizieren wollte, diese selbst mittelst Handanlegung vor Gericht zu bringen berechtigt resp. verpflichtet war, während er gleichzeitig ihren bisherigen Inhaber in ius zu vozieren hatte [1]. Diese Annahme scheint mir nicht blofs unbeweisbar zu sein, sondern auch die allerschwersten inneren und äufseren Bedenken gegen sich zu haben. Es ist bekanntlich keineswegs sicher, dafs der in ius Vozierende dem Vozierten sogleich den Anspruch mitteilen musste, den er in iure vorbringen würde, folglich konnte auch der Beklagte noch nicht verpflichtet sein, die Sache in iure mitzubringen, wo sie sich ja beim Beginn der eigentlichen Legisactio, etwa im zweiten Termin, befinden musste:

---

in ius zu führen; thut man das, so ist, falls ein vindex auftritt, das Verfahren in iudicio unvermeidlich geworden.

[1]) Voigt c. I p. 594.

wie kam also der Kläger auch nur physisch in die Lage, Handanlegung an einem Objekt auszuüben, das sich in voller Abgeschlossenheit in der Wohnung des Beklagten befand? Allein sehen wir von diesem als einem kontroversen Punkt ab: wie will man eine solche Handanlegung praktisch durchgeführt denken?

Es wird jemand in ius voziert mit dem Bedeuten, der andere werde in iure den Ring, welchen jener auf seinem Finger trägt, als sein Eigentum reklamieren. Sollte sich nun wirklich jemand einbilden, der in ius Vozierte hätte es sich gefallen lassen, dafs ihm der angebliche Kläger ohne viele Umstände den Ring vom Finger zieht? Oder sollte etwa Beklagter ihn gutwillig eingehändigt haben? Wodurch war er denn davor gesichert, dafs nicht der andere, nun er das Objekt in Händen hatte, das weitere Verfahren unterliefs? Wenn er dann seinerseits klagte, so hatte ja er nun das angebliche Recht der manus iniectio: man sieht, das Spiel fing dann von neuem an. Nun stützt sich diese ganze Kombination wesentlich auf zwei Quellenbelege aus Gaius und den Digesten, die so lauten:

> Si qua res talis erat, ut sine incommodo non posset in ius adferri vel adduci . . . pars aliqua inde sumebatur; deinde in eam partem . . . fiebat vindicatio; itaque velut ex grege vel una ovis aut capra in ius adducebatur, vel etiam pilus inde sumebatur et in ius adferebatur; ex nave vero et columna aliqua pars defringebatur; similiter, si de fundo . . . controversia erat, pars aliqua inde sumebatur et in ius adferebatur [1]).

Man erkennt deutlich: von einer Handanlegung durch den Kläger ist nicht die Rede: das Objekt mufs vor Gericht befindlich sein, also dorthin geschafft werden, von wem und wie, sagt Gaius nicht; offenbar hat er die Ergänzung für selbstverständlich gehalten, dafs es durch den bisherigen Inhaber des Objekts, d. h. den Beklagten zu geschehen hat. Weiter führt auch Ulpians Ediktskommentar [2]) nicht:

> Is videtur ius dicenti non obtemperasse, qui, quod extremum in iurisdictione, est non fecit: veluti si quis rem mobilem

[1]) Gaius IV, 17.

[2]) L. 1 § 1 D. II, 3. Vergl. zur Auslegung der Stelle: Karlowa c. p. 167 f. Übrigens baut auf diese Stelle seine prinzipiell entgegengesetzte Auffassung Bethmann-Hollweg Civilprozefs I § 39 p. 127 f.

> vindicari a se passus non est, sed duci eam vel ferri passus est.

Schon deshalb nicht, weil hier gar nicht von der in ius vocatio die Rede ist, diese vielmehr, da von dem ius dicens gesprochen wird, als schon geschehn vorausgesetzt werden mufs: die ganze Stelle gehört wol nicht hierher.

Schliefslich läfst sich vielleicht noch etwas wie ein direkter Quellenbeweis gegen die aufsergerichtliche Handanlegung in all' diesen Fällen anführen. Gaius sagt im Beginn seiner Beschreibung der Sakramentalklage in rem[1]):

> Si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, quae modo in ius adferri adducive possent in iure vindicabantur ad hunc modum: qui vindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, velut hominem, et ita dicebat etc.

Man darf wol, ohne die Worte dieses Schriftstellers übermäfsig pressen zu wollen, feststellen, dafs nach diesem Bericht eine vorangegangene Handanlegung bei der gemeinen Vindikation nicht gut denkbar ist: denn wer eine Sache in einem bestimmten Augenblick ergreift resp. anfässt, kann sie nicht vorher mittelst Handanlegung in seinen Besitz gebracht haben[2]). Das ipsam rem adprehendebat setzt voraus, dafs die Sache bis dahin im Gewahrsam des Beklagten war, wie dieser Zustand auch aus inneren Gründen erfordert wird.

Somit scheint bei einem Teil der Freiheitsklagen, nämlich der Vindikation bisheriger Gewaltunterworfener, die Annahme selbst der aufserprozessualischen Handanlegung sich nicht zu bestätigen. Natürlich entfällt damit nicht blofs bei diesen, sondern bei allen Freiheitsklagen die Möglichkeit, eine l. a. p. m. i. zu statuieren, denn zweifellos sind all' diese Klagen derselben Klagfigur unterworfen gewesen.

Allein davon und von allem hier Angeführten abgesehen, schon aus ganz allgemeinen, aber durchschlagenden Gründen ist die hier bekämpfte Theorie so unwahrscheinlich wie nur möglich: der favor libertatis im römischen Altertum ist sprüchwörtlich geworden, seine Bethätigung im römischen Recht umfassend und

---

[1]) Gaius IV, 16.

[2]) Unter Handanlegung wird natürlich nicht eine einmalige momentane Berührung, sondern die dauernde Inbesitznahme verstanden.

mannigfach[1]), und trotzdem sollte man den Prozefs um die Freiheit in die für den Beklagten verderblichste Form, die der Exekutivklage gebracht haben!

Schon äufserlich zeigt sich dieser Widerspruch: das geringere Sacramentum von 50 asses, von dem Gaius[2]) ausdrücklich sagt, es sei favore libertatis angesetzt, steht zu dem duplum der Exekutivklage in einem unlösbaren Gegensatz.

---

[1]) cf. Zitelmann, Recht von Gortyn p. 88 Anm. 38 und die dort beigebrachten Digestenstellen.

[2]) Gaius IV, 14.

II.

Dionysius' und Livius' Bericht über den Prozefs um Verginia.

XXVIII. *Τὸ δ' ἐν Ἀλγιδῷ τῆς Αἰκανῶν χώρας καθιδρυμένον καὶ τὸ ἐν τῇ πόλει πλῆθος ἅπαν διὰ ταύτας ἐξεπολεμώθη τὰς αἰτίας πρὸς αὐτούς. ἀνὴρ ἐκ τῶν δημοτικῶν, Λεύκιος Οὐεργίνιος, οὐδενὸς χείρων τὰ πολεμικά, λόχου τινὸς ἡγεμονίαν ἔχων ἐν τοῖς πέντε τάγμασιν ἐτάχθη τοῖς ἐπ' Αἰκανοὺς στρατευσαμένοις. τούτῳ θυγάτηρ ἔτυχεν οὖσα καλλίστη τῶν ἐν Ῥώμῃ παρθένων, τὸ πατρῷον ὄνομα φέρουσα, ἣν ἐνεγγυήσατο Λεύκιος, εἷς ἐκ τῶν δεδημαρχηκότων, υἱὸς Ἰκιλίου τοῦ πρώτου τε καταστησαμένου τὴν δημαρχικὴν ἐξουσίαν, καὶ πρώτου λαβόντος. ταύτην τὴν κόρην ἐπίγαμον οὖσαν ἤδη θεασάμενος Ἄππιος Κλαύδιος, ὁ τῆς δεκαρχίας ἡγεμών, ἀναγιγνώσκουσαν ἐν γραμματιστοῦ· ἦν δὲ τὰ διδασκαλεῖα τῶν παίδων τότε περὶ τὴν ἀγοράν· εὐθύς τε ὑπὸ τοῦ κάλλους τῆς παιδὸς ἑάλω, καὶ ἔτι μᾶλλον ἔξω τῶν φρενῶν ἐγένετο, πολλάκις ἀναγκαζόμενος παριέναι τὸ διδασκαλεῖον, ἤδη κρατούμενος ὑπὸ τοῦ πάθους. ὡς δ' οὐκ ἠδύνατο πρὸς γάμον αὐτὴν λαβεῖν, ἐκείνην τε ὁρῶν ἐγγεγυημένην ἑτέρῳ καὶ αὐτὸς ἔχων γυναῖκα γαμετήν· καὶ ἅμα οὐδ' ἀξιῶν ἐκ δημοτικοῦ γένους ἁρμόσασθαι γάμον, δι' ὑπεροψίαν τῆς τύχης καὶ παρὰ τὸν νόμον, ὃν αὐτὸς ἐν ταῖς δώδεκα δέλτοις ἀνέγραψε, τὸ μὲν πρῶτον ἐπειράθη διαφθεῖραι χρήμασι τὴν κόρην καὶ προσέπεμψεν ἀεί τινας πρὸς τὰς τροφοὺς αὐτῆς γυναῖκας· ἦν γὰρ ὀρφανὴ μητρὸς ἡ παῖς, διδούς τε πολλὰ καὶ ἔτι πλείονα τῶν διδομένων ὑπισχνούμενος. παρηγγέλλετο δὲ ταῖς πειρωμέναις τὰς τροφούς, μὴ λέγειν, τίς ὁ τῆς κόρης ἐστὶν ἐρῶν, ἀλλ' ὅτι τῶν δυναμένων τις εὖ ποιεῖν οὓς βουληθείη καὶ κακῶς. ὡς δ' οὐκ ἔπειθεν αὐτάς, ἀλλὰ καὶ φυλακῆς ἑώρα τὴν κόρην κρείττονος ἢ πρότερον ἀξιουμένην, φλεγόμενος ὑπὸ τοῦ πάθους τὴν ἰταμωτέραν ἔγνω βαδίζειν ὁδόν. μεταπεμψάμενος δή τινα τῶν ἑαυτοῦ πελατῶν, Μάρκον Κλαύδιον, ἄνδρα τολμηρὸν καὶ πρὸς πᾶσαν ὑπηρεσίαν ἕτοιμον, τό τε πάθος αὐτῷ διηγεῖται καὶ διδάξας, ὅσα ποιεῖν αὐτὸν ἐβούλετο καὶ λέγειν, ἀποστέλλει συχνοὺς τῶν ἀναιδεστάτων ἐπαγόμενον.*

XLIV. Sequitur aliud in urbe nefas, ad libidine ortum haud minus foedo eventu, quam quod per stuprum caedemque Lucretiae urbe regnoque Tarquinios èxpulerat, ut non finis solum idem decemviris, qui regibus, sed causa etiam eadem imperii amittendi

esset. Ap. Claudium virginis plebeiae stuprandae libido cepit. pater virginis L. Verginius honestum ordinem in Algido ducebat, vir exempli recti domi militiaeque. perinde uxor instituta fuerat liberique instituebantur. desponderat filiam L. Icilio tribunicio, viro acri et pro causa plebis expertae virtutis. hanc virginem adultam, forma excellentem Appius amore ardens pretio ac spe perlicere adortus postquam omnia pudore saepta animadverterat, ad crudelem superbamque vim animum convertit. M. Claudio clienti negotium dedit, ut virginem in servitutem adsereret, neque cederet secundum libertatem postulantibus vindicias, quod pater puellae abesset locum iniuriae esse ratus.

honestum ordinem. Als Kuriosum will ich hier nachtragen, dafs Klimke, Diodorus Siculus und die römische Annalistik 1881 p. 32 den Umstand, dafs das Opfer des Beamten bei Diodor eine Patrizierin ist, als einen Irrtum betrachtet, den Diodor durch falsche Auffassung und Übersetzung des honestum ordinem ducebat oder eines ähnlichen Ausdruckes in seiner Quelle beging! Derselbe Schriftsteller findet „mehrere Anklänge“ in dem Beginn des Diodorischen und des Livianischen Berichts; freilich ohne mitzuteilen, worin diese Anklänge bestehn (p. 30). Über seine Erklärung der Livianischen Schlufswendung am Ende des Berichts siehe unten.

Diese Tiefe wissenschaftlicher Einsicht steht im natürlichen Verhältnis zu dem unqualifizierbaren Ton, den der Verfasser in seiner Polemik zumal gegen den Führer der römischen Geschichtsforschung anzuschlagen beliebt.

negotium dedit etc. Appius erteilt seine Anweisung für beide Eventualitäten, die in Frage kommen können. Primär, d. h. wenn es angeht, soll der Klient sich des Mädchens mittelst Handstreichs bemächtigen, das gerichtliche Verfahren also vermeiden. Einen solchen Handstreich, mittelst physischer Handanlegung (manus iniectio), die also dann keinerlei juristische Bedeutung hat, beschreibt Servius zu Verg. X, 419: manus iniectio dicitur, quotiens nulla judicis auctoritate exspectata rem nobis debitam vindicamus. Ein solches Verfahren ist z. B. dem entflohenen und wieder eingefangenen Sklaven gegenüber am Platz. Livius bezeichnet dasselbe hier irrtümlich mit den Worten in servitutem assereret, indem er diese Wendung rein wörtlich nahm, (er solle das Mädchen für die Sklaverei in Anspruch nehmen). Allein assertio in servitutem ist gerade der technische Name für die gerichtliche Prozedur, welche darauf abzielt, einen bisher Freien zum Sklaven und zwar zum Eigentum des assertor in servitutem erklären zu lassen. — Auf diesen Plan zielt die Eskorte, mit der Claudius sich bei Dionysius umgeben soll. Er scheitert an der widerstrebenden Haltung der Menge, die bei Livius und Dionysius, wenn auch mit verschiedener Ausführlichkeit, erwähnt wird, cf. p. 172.

Auf die andere Eventualität, dafs die Situation zur Beschreitung des Rechtsweges zwingt, weisen die folgenden Worte hin: neque — vindicias. Er solle dann vindiciae sec. servitutem, d. h. den vorläufigen Besitz bis zur Definitivsentenz verlangen. Um dies nach dem Prinzip der XII Tafeln mit Aussicht auf Erfolg zu können, mufste er mit der Erklärung auftreten, dafs

der vorliegende Prozefs eine vindicatio in libertatem, nicht in servitutem, also die augenblickliche Freiheit der Verginia dolos sei. In diesem Fall durfte Appius, wenn er diese Behauptung acceptierte, die Vindizien Claudius erteilen (cf. p. 33ff., 48ff.).

Dieses Verfahren setzt aber jedenfalls die Anwesenheit des Vaters voraus, ohne welchen der Prozefs nicht beginnen kann. So hat denn auch die alte und gute Tradition bei Diodor Verginius von Anfang an zugegen sein lassen und die Vindizienerteilung in der angedeuteten und unten noch näher zu erklärenden Weise motiviert. Mit dieser Tradition stimmen die Worte neque — vindicias sachlich überein, natürlich ohne dafs an eine andere Entlehnung als durch die vierte oder fünfte Hand gedacht werden könnte.

Die folgenden Worte quod — ratus zeigen dagegen deutlich den Einflufs der jüngsten Tradition, die den Ausgang des Prozesses mit der juristisch unmöglichen Abwesenheit des Vaters motivierte. Sie konnte die richtige Motivierung nicht mehr verstehn, weil sie in einer Zeit entstand, wo die Möglichkeit, im Freiheitsprozefs vindiciae secundum servitutem zu geben nicht mehr bestand. In der Zeit der mittleren Republik hatte das Zwölftafelrecht durch allmähliche und zuletzt konstante Praxis diese Abänderung erfahren. Wir dürfen annehmen, dafs die Tradition des Verginiafalles diese Umwandlung mit verursacht hat: schon die ältere und mittlere Annalistik wird ihn zu dem Zweck, die Gefährlichkeit von vindiciae secundum libertatem zu zeigen, entweder erfunden oder doch benutzt haben.

Mit glücklichem Takt spricht Luterbacher (Liv. Buch III. ed. L. 1885) zu dieser Stelle, obwohl auch er in dem allgemeinen Irrtum über das Vindiziengesetz der XII Tafeln befangen war, von dem Verlangen einer Vorentscheidung zu seinen Gunsten seitens des Klienten, kommt also sachlich dem Richtigen nahe, wenn er auch mit Unrecht die Verwandten der Verginia als Prozefspartei denkt.

ὁ δὲ παραγενόμενος ἐπὶ τὸ διδασκαλεῖον, ἐπιλαμβάνεται τῆς παρθένου καὶ φανερῶς ἄγειν ἐβούλετο δι' ἀγορᾶς. κραυγῆς δὲ γενομένης καὶ πολλοῦ συνδραμόντος ὄχλου, κωλυόμενος ὅποι προῃρεῖτο τὴν κόρην ἄγειν ἐπὶ τὴν ἀρχὴν παραγίγνεται. ἐκάθητο δ' ἐπὶ τοῦ βήματος τηνικαῦτα μόνος Ἄππιος, χρηματίζων τε καὶ δικάζων τοῖς δεομένοις.

βουλομένου τ' αὐτοῦ λέγειν κραυγή τε καὶ ἀγανάκτησις ἦν ἐκ τοῦ περιεστῶτος ὄχλου, πάντων ἀξιούντων περιμένειν, ἕως ἂν ἔλθωσιν οἱ συγγενεῖς τῆς κόρης. καὶ ὁ Ἄππιος οὕτως ἐκέλευσε ποιεῖν. ὡς δε ὀλίγος ὁ μεταξὺ χρόνος ἐγεγόνει, καὶ παρῆν ὁ πρὸς μητρὸς θεῖος τῆς παρθένου, Πόπλιος Νομιτόρος, φίλους τε πολλοὺς ἐπαγόμενος καὶ συγγενεῖς, ἀνὴρ ἐκ τῶν δημοτικῶν ἐμφανής, καὶ μετ' οὐ πολὺ Λεύκιος, ὁ παρὰ τοῦ πατρὸς ἐγγεγυημένος τὴν κόρην, χεῖρα περὶ αὐτὸν ἔχων νέων δημοτικῶν καρτεράν. ὡς δὲ τῷ βήματι προςῆλθεν ἀσθμαίνων ἔτι καὶ μετέωρος τὸ πνεῦμα, λέγειν ἠξίου, τίς ἐστιν ὁ τολμήσας ἅψασθαι παιδὸς ἀστῆς καὶ τί βουλόμενος.

virgini venienti in forum — ibi namque in tabernis litterarum ludi erant — minister decemviri libidinis manum iniecit serva sua natam servamque appellans, sequique se iubebat: cunctantem vi abstracturum. pavida puella stupente, ad clamorem nutricis fidem Quiritium inplorantis fit concursus. Vergini patris sponsique Icili populare nomen celebrabatur. notos gratia eorum, turbam indignitas rei virgini conciliat. iam a vi tuta erat, cum adsertor nihil opus esse multitudine concitata ait: se iure grassari, non vi. vocat puellam in ius. auctoribus, qui aderant, ut sequeretur, ad tribunal Appi perventum est.

manum iniecit. Er versuchte die erste ihm gegebene Direktive zu befolgen und das Mädchen ohne Umschweife in seine Gewalt zu bringen. Der Anschlag mifslingt. Es entsteht ein Volksauflauf: die Popularität der in die Katastrophe verwickelten Personen und die bereits vorhandene Mifsstimmung gegen die Regierenden zwangen den Clienten zur Einhaltung des Rechtsweges.

vocat puellam in ius. In ius voziert man seinen Prozefsgegner, welcher hier der Vater der Verginia sein müfste. Diese selbst würde als filia familias in manu schon an und für sich nicht Prozefspartei sein können, in diesem Falle aber, selbst wenn sie persona sui iuris wäre, deshalb nicht, weil ihre Freiheit, die notwendige Voraussetzung der juristischen Handlungsfähigkeit eben bestritten war: Dies ist der Grund, weshalb römisch-rechtlich im Freiheitsprozefs niemand sich selbst verteidigen darf, sondern des assertor in libertatem bedarf, welcher bei Gewaltuntergebenen aber der Gewalthaber ist. Livius oder seine Quelle hat die streng technische Bedeutung von in ius vocare nicht gekannt und offenbar blofs sagen wollen, der Klient habe sich zur Beschreitung des Rechtsweges bereit erklärt und Verginia aufgefordert ihm zu folgen.

Dafs im Folgenden bei Livius namenlose advocati und erst später die Verwandten, bei Dionysius diese letzteren von vorne herein die Verhandlungen führen, ist eine Differenz, aber keine erhebliche. Juristisch unmöglich ist das eine so gut wie das andere: da der allein gegebene Kontravindikant der Vater ist, so kann Appius den Prozefs in dessen Abwesenheit gar nicht annehmen; derselbe kann vielmehr erst mit der in ius vocatio des Verginius beginnen. Die jüngere Annalistik ignorierte das, weil sie auf Verginius' anfängliche Abwesenheit einen Versuch zur Motivierung des Dekrets baute: an die Stelle des abwesend gedachten Vaters setzte Dionysius die Verwandten, Livius erst Fremde, dann die Verwandten. Es liegt keine zwingende Veranlassung vor, aus dieser Differenz auf eine Verschiedenheit der Vorlage zu schliefsen. Eine von den zahlreichen Quellenschichten, die wir vor der Livianisch-Dionysischen Quelle zu unterscheiden haben, berichtete, dafs der Prozefs in Abwesenheit des Vaters begann. Darauf hin liefs ein späterer Autor namenlose advocati die ersten Verhandlungen für Verginia führen, ein anderer die Verwandten. Die Quelle, welche Livius und Dionysius hatten, konnte schon beides kombiniert haben, unsere Autoren entnahmen

daraus, was ihnen wahrscheinlicher oder effektvoller schien. Livius ging von einer Anschauung des Falls, wie er sich in Wirklichkeit zugetragen haben konnte, aus und mufste sich sagen, dafs aller Wahrscheinlichkeit nach im ersten Augenblick bei einem solchen Überfall die Verwandten nicht zur Stelle gewesen sein werden. Dionysius oder dessen Quelle, hat um einem solchen Einwand gegen die Natürlichkeit der Erzählung zu begegnen, das Verlangen der Volksmenge eingeschoben, nach welchem Claudius mit seinen Angaben bis zur Ankunft der Verwandten warten soll. Diesem Verlangen kann übrigens von dem Autor, der es fingierte, noch ein triftiges juristisches Motiv zu Grunde gelegt sein: Wenn der Klient sich den Anschein gab, Verginia als seine zweifellose und faktische (nicht blofs rechtliche) Sklavin reklamieren zu wollen, so konnte Appius kraft magistratischer Kognition auf Grund der behaupteten Notorietät von Verginias status und weil kein Kontravindikant zur Stelle war, das Mädchen kurzer Hand dem sich als dominus gerierenden Klienten überlassen.

XXIX. *Σιωπῆς δὲ γενομένης Μάρκος Κλαύδιος, ὁ τῆς παιδὸς ἐπιλαβόμενος, τοιοῦτον διεξῆλθε λόγον· οὐδὲν οὔτε προπετὲς οὔτε βίαιον πέπρακταί μοι περὶ τὴν κόρην, Ἄππιε Κλαύδιε· κύριος δ' αὐτὸς ὢν κατὰ τοὺς νόμους ἄγω. ὃν δὲ τρόπον ἐστὶν ἐμή, μάθε. ἔστι μοι θεράπαινα πατρική, πολλοὺς πάνυ δουλεύουσα χρόνους. ταύτην κύουσαν ἡ Οὐεργινίου γυνὴ συνήθη καὶ εἰςοδίαν οὖσαν ἔπεισεν, ἐὰν τέκῃ, δοῦναι τὸ παιδίον αὐτῇ. κἀκείνη φυλάττουσα τὰς ὑποσχέσεις, γενομένης αὐτῇ ταύτης θυγατρός, πρὸς μὲν ἡμᾶς ἐσκήψατο νεκρὸν τεκεῖν, τῇ δὲ Νομιτωρίᾳ δίδωσι τὸ παιδίον· ἡ δὲ λαβοῦσα ὑποβάλλεται καὶ τρέφει, παίδων οὔτ' ἀρρένων οὔτε θηλειῶν οὖσα μήτηρ. νῦν δὲ διὰ μηνύσεως ἐπιγνοὺς καὶ μάρτυρας ἔχων πολλοὺς καὶ ἀγαθοὺς καὶ τὴν θεράπαιναν ἐξητακὼς ἐπὶ τὸν κοινὸν ἁπάντων καταφεύγω νόμον, ὃς οὐ τῶν ὑποβαλλομένων, ἀλλὰ τῶν μητέρων εἶναι τὰ ἔκγονα δικαιοῖ, ἐλευθέρων μὲν οὐσῶν ἐλεύθερα, δούλων δὲ δοῦλα, τοὺς αὐτοὺς ἔχοντα κυρίους, οὓς ἂν καὶ αἱ μητέρες αὐτῶν ἔχωσι. κατὰ τοῦτον τὸν νόμον ἀξιῶ τὴν θυγατέρα τῆς ἐμῆς θεραπαίνης ἄγειν, καὶ δίκας ὑπέχειν βουλόμενος· ἐὰν ἀντιποιῆταί τις, ἐγγυητὰς καταστῆσαι ἀξιόχρεως, ἄξειν αὐτὴν ἐπὶ τὴν δίκην. εἰ δὲ ταχεῖαν βούλεταί τις γενέσθαι διάγνωσιν, ἕτοιμος ἐπί σου λέγειν τὴν δίκην αὐτίκα μάλα καὶ μὴ διεγγυᾶν τὸ σῶμα μηδ' ἀναβολὰς τῷ πράγματι προςάγειν· ὁποτέραν ἂν οὗτοι βουληθῶσι τῶν αἱρέσεων, ἑλέσθωσαν.*

XXX. *Τοιαῦτ' εἰπόντος Κλαυδίου καὶ πολλὴν προσθέντος δέησιν ὑπὲρ τοῦ μηδὲν ἐλαττωθῆναι τῶν ἀντιδίκων, ὅτι πελάτης ἦν καὶ ταπεινός, παραλαβὼν τὸν λόγον ὁ τῆς κόρης θεῖος ὀλίγα καὶ αὐτὰ τὰ πρὸς τὸν ἄρχοντα εἰρῆσθαι προςήκοντα εἶπε· πατέρα*

μὲν οὖν εἶναι τῆς κόρης λέγων Οὐεργίνιον ἐκ τῶν δημοτικῶν, ὃν ἀποδημεῖν στρατευόμενον ὑπὲρ τῆς πόλεως, μητέρα δὲ γενέσθαι Νομιτωρίαν, τὴν ἀδελφὴν τὴν ἑαυτοῦ, σώφρονα καὶ ἀγαθὴν γυναῖκα, ἣν οὐ πολλοῖς πρότερον ἐνιαυτοῖς ἀποθανεῖν. τραφεῖσαν δὲ τὴν παρθένον, ὡς ἐλευθέρᾳ καὶ ἀστῇ προσῆκεν, ἁρμοσθῆναι κατὰ νόμον Ἰκιλίῳ, καὶ τέλος ἂν ἐσχηκέναι τὸν γάμον, εἰ μὴ θᾶττον ὁ πρὸς Αἰκανοὺς συνέστη πόλεμος. ἐν δὲ τοῖς μεταξὺ χρόνοις οὐκ ἐλαττόνων ἢ πεντεκαίδεκα διεληλυθότων ἐτῶν οὐδὲν τοιοῦτον ἐπιχειρήσαντα πρὸς αὐτοὺς εἰπεῖν Κλαύδιον, ἐπειδὴ δὲ γάμων ἡ παῖς ἔσχεν ὥραν καὶ διαφέρειν τὴν ὄψιν δοκεῖ, ἐρῶντα ἥκειν, ἀναίσχυντον συκοφάντημα πλάσαντα, οὐκ ἀπὸ τῆς ἑαυτοῦ γνώμης, ἀλλὰ κατεσκευασμένον ὑπ' ἀνδρὸς ἁπάσαις οἰομένου δεῖν ταῖς ἐπιθυμίαις ἐκ παντὸς τρόπου χαρίζεσθαι. τὴν μὲν οὖν δίκην αὐτὸν ἔφη τὸν πατέρα περὶ τῆς θυγατρὸς ἀπολογήσεσθαι, παραγενόμενον ἀπὸ τῆς στρατιᾶς· τὴν δὲ τοῦ σώματος ἀντιποίησιν, ἣν ἔδει γενέσθαι κατὰ τοὺς νόμους, αὐτὸς ποιεῖσθαι, θεῖος ὢν τῆς κόρης καὶ τὰ δίκαια ὑπέχειν, οὐδὲν ἀξιῶν οὔτε ὁ μὴ καὶ τοῖς ἄλλοις ἀποδέδοται Ῥωμαίοις δίκαιον, εἰ μὴ καὶ πᾶσιν ἀνθρώποις, σώματος εἰς δουλείαν ἐξ ἐλευθερίας ἀγομένου μὴ τὸν ἀφαιρούμενον τὴν ἐλευθερίαν ἀλλὰ τὸν φυλάττοντα κύριον εἶναι μέχρι δίκης. ἔφη τε διὰ πολλὰς αἰτίας προσήκειν τῷ Ἀππίῳ φυλάττειν τοῦτο τὸ δίκαιον· πρῶτον μέν, ὅτι τὸν νόμον τοῦτον ἅμα τοῖς ἄλλοις ἐν ταῖς δώδεκα δέλτοις ἀνέγραψεν· ἔπειθ' ὅτι τῆς δεκαρχίας ἡγεμών· πρὸς δὲ τούτοις, ὅτι μετὰ τῆς ὑπατικῆς ἐξουσίας καὶ τὴν δημαρχίαν προσειλήφει, ἧς εἶναι κράτιστον ἔργον τοῖς ἀσθενέσι καὶ ἐρήμοις τῶν πολιτῶν βοηθεῖν. ἠξίου τε τὴν καταπεφευγυῖαν ἐπ' αὐτὸν ἐλεῆσαι παρθένον, μητρὸς μὲν ὀρφανὴν οὖσαν ἔτι πάλαι, πατρὸς δ' ἔρημον ἐν τῷ τότε χρόνῳ, κινδυνεύουσαν οὐ χρημάτων ἀποστερηθῆναι προγονικῶν ἀλλὰ καὶ ἀνδρὸς καὶ πατρίδος καὶ ὃ πάντων μέγιστον εἶνα δοκεῖ τῶν ἀνθρωπίνων ἀγαθῶν τῆς τοῦ σώματος ἐλευθερίας. ἀνακλαυσάμενος δὲ τὴν ὕβριν, εἰς ἣν ἔμελλεν ἡ παῖς παραδοθήσεσθαι καὶ πολὺν ἐκ τῶν παρόντων κινήσας ἔλεον περὶ τοῦ χρόνου τῆς δίκης ἔφη τελευτῶν· ἐπειδὴ ταχεῖαν αὐτῆς βούλεται γενέσθαι τὴς κρίσιν ὁ Κλαύδιος, ὁ μηδὲν ἠδικῆσθαι φανερὸς ἐν τοῖς πεντεκαίδεκα ἔτεσιν, ἕτερος μὲν ἄν τις ὑπὲρ τηλικούτων ἀγωνιζόμενος δεινὰ πάσχειν ἔλεξε καὶ ἠγανάκτει κατὰ τὸ εἰκός, ὅταν εἰρήνη γένηται καὶ πάντες ἔλθωσιν οἱ νῦν ὄντες ἐπὶ στρατοπέδου τότε τὴν δίκην ἀξιῶν ἀπολογεῖσθαι ὅτε καὶ μαρτύρων εὐπορία καὶ φίλων καὶ δικαστῶν ἀμφοτέροις ἔσται τοῖς δικαζομένοις, πολιτικὰ

καὶ μέτρια πράγματα προφέρων καὶ τῇ Ῥωμαίων συνήθη πολιτείᾳ· ἡμεῖς δ', ἔφη, λόγων οὐδὲν δεόμεθα οὔτ' εἰρήνης οὔτ' ὄχλον φίλων καὶ δικαστῶν οὔτ' εἰς τοὺς δικασίμους χρόνους τὸ πρᾶγμα ἀναβαλλόμεθα, ἀλλὰ καὶ ἐν πολέμῳ καὶ ἐν σπάνει φίλων καὶ οὐκ ἐν ἴσοις δικασταῖς καὶ παραχρῆμα ὑπομένομεν ἀπολογεῖσθαι, τοσοῦτον αἰτησάμενοι παρὰ σοῦ χρόνον, Ἄππιε, ὅσος ἱκανός ἐστι τῷ πατρὶ τῆς κόρης ἀπὸ στρατοπέδου παραγενηθέντι τὰς ἰδίας ἀποδύρασθαι τύχας καὶ δι' ἑαυτοῦ τὴν δίκην ἀπολογήσασθαι.

notam iudici fabulam petitor, quippe apud ipsum auctorem argumenti, peragit: puellam domi suae natam furtoque inde in domum Vergini translatam suppositam ei esse; id se indicio conpertum adferre probaturumque vel ipso Verginio iudice, ad quem maior pars iniuriae eius pertineat; interim dominum sequi ancillam aequum esse. advocati puellae, cum Virginium rei publicae causa dixissent abesse, biduo adfuturum, si nuntiatum ei sit; iniquum esse absentem de liberis dimicare, postulant, ut rem integram in patris adventum differat, lege ab ipso lata vindicias det secundum libertatem, neu patiatur virginem adultam famae prius quam libertatis periculum adire.

notam judici etc. Die Fabel entspricht der Dionysischen, nur daſs bei letzterer Verginius als der Betrogene, bei Livius als Betrüger gedacht zu sein scheint: offenbar fehlte in der Vorlage darüber ein genauer Anhalt und blieb die Detailausmalung der Phantasie der auf uns gekommenen Historiker überlassen.

Über den Konflikt der Mythe mit den Prinzipien des Noxalrechts ist oben gesprochen worden (p. 52f.). In der älteren Annalistik muſs der Helfershelfer eine ähnliche Anklage in jure und Verginius gegenüber vorgebracht und verlangt haben. daſs der Besitz der patria potestas durch Verginius für dolos, demnach das Verfahren für eine vindicatio in libertatem, nicht in servitutem erklärt, d. h. Verginius als Kläger konstituiert werde. Geschah das, so konnte Appius die Vindizien secundum servitutem geben.

Über vel ipso Verginio iudice vergl. p. 18f.

iniquum — dimicare. Nicht bloſs unbillig, sondern civilprozessualisch unmöglich.

postulant etc. Dieses Begehren enthält einen unlösbaren Widerspruch in sich selbst: wenn der Prozeſs als res integra bis zur Ankunft des Vaters verschoben werden soll, wie das gesetzlich notwendig ist, so können jetzt nicht vindiciae secundum libertatem verlangt werden. Sobald es sich um die Vindizienerteilung handelt, ist das Verfahren in iure bereits an seinem Ende angelangt, während dieses Verfahren hier nicht bloſs nicht begonnen hat — bis jetzt stehen wir bei unsolennen Vorverhandlungen — sondern nach dem korrekten Antrag der advocati vor Ankunft des Vaters auch nicht beginnen soll.

Auch hier hat also Livius den juristischen Kunstausdruck an der falschen Stelle angebracht: wahrscheinlich wollte er die advocati sagen lassen, es solle ihnen gegen das vadimonium in iure sisti d. h. die Bürgschaft für Gestellung des Streitobjekts in iure Verginia bis zur Ankunft des Vaters in Gewahrsam gegeben werden. Derselbe Widerspruch und dasselbe Mifsverständnis findet sich an der entsprechenden Stelle bei Dionysius (sie ist durch den Druck kenntlich gemacht): auch hier verwechselt der Sprecher die Bürgschaft für die Gestellung des Streitobjekts in iure mit der Vornahme der Kontravindikation (die *ἐγγύησις* mit *ἀντιποίησις*). Offenbar gehörte dieses Mifsverständnis also bereits der gemeinsamen Quelle beider Autoren an. Im übrigen ist, was N. bei Dion. über das Vindiziengesetz aussagt, derart, dafs die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, diese oder ähnliche Wendungen in der älteren Annalistik Verginius selbst in den Mund gelegt zu denken.

Ein Unterschied zwischen Livius und Dionysius scheint hier insofern vorzuliegen, als Numitorius sich bei letzterem in seiner Antwort auf den Thatbestand einläfst, was bei dem ersteren nicht der Fall ist. Indessen was hier angeblich zur Sache mitgeteilt wird, kennzeichnet sich in Ton und Inhalt ohne weiteres als Fabrikat des griechischen Redners. Auch in der Schlufssentenz erhalten wir bei Dionysius eine ausgeführte sachliche Verhandlung, in der der Vater dasjenige vorträgt, was hier Numitorius in den Mund gelegt ist. Es wäre immerhin möglich, dafs die Vorlage einen Anhalt zu diesen Einschiebungen geboten hat, den Livius zu erwähnen unterliefs, und in diesem Fall wäre auch hier eine doppelte Recension mit Anklängen an die Präjudicialverhandlung der alten Quelle zu statuieren. Allein das unleugbar Natürliche ist, der ganze Unterschied dem griechischen Redner selbst zuzuschreiben, der nicht bei juristisch-technischen Formalien, sondern nur bei sachlichen Plaidoyers sein vermeintes Licht konnte leuchten lassen.

XXXI. *Τοιαῦτα τοῦ Νομιτορίου λέξαντος καὶ τοῦ περιεστηκότος ὄχλου μεγάλῃ βοῇ διασημήναντος ὡς δίκαια ἀξιοῖ, μικρὸν ἐπισχὼν χρόνον Ἄππιος· ἐγὼ μὲν τὸν νόμον, εἶπεν, οὐκ ἀγνοῶ τὸν ὑπὲρ τῆς ἐγγυήσεως τῶν εἰς δουλείαν ἀγομένων κείμενον, ὃς οὐκ ἐᾷ παρὰ τοῖς ἀφαιρουμένοις εἶναι τὸ σῶμα μέχρι δίκης, οὐδὲ καταλύσαιμι ἄν, ὃν αὐτὸς ἔγραψα ἑκών· ἐκεῖνο μέντοι δίκαιον ἡγοῦμαι, δυοῖν ὄντων τῶν ἀντιποιουμένων, κυρίου καὶ πατρός, εἰ μὲν ἀμφότεροι παρῆσαν, τὸν πατέρα κρατεῖν τοῦ σώματος μέχρι δίκης. ἐπεὶ δ' ἐκεῖνος ἄπεστι, τὸν κύριον ἀπαγαγεῖν ἐγγυητὰς ἀξιόχρεως δόντα καταστήσειν ἐπὶ τὴν ἀρχήν, ὅταν ὁ πατὴρ αὐτῆς παραγένηται. περὶ δὲ τῶν ἐγγυητῶν καὶ τοῦ τιμήματος καὶ τοῦ μηδὲν ὑμᾶς ἐλαττωθῆναι περὶ τὴν δίκην πολλὴν ποιήσομαι πρόνοιαν, ὦ Νομιτώριε. νῦν δὲ παράδος τὴν κόρην.*

XLV. Appius decreto praefatus, quam libertati faverit, eam ipsam legem declarare, quam Vergini amici postulationi suae praetendant; ceterum ita in ea firmum libertati fore praesidium, si

nec causis nec personis variet: in iis enim, qui adserantur in libertatem, quia quivis lege agere possit, id iuris esse; in ea, quae in patris manu sit, neminem esse alium, cui dominus possessione cedat: placere itaque patrem arcessiri; interea iuris sui iacturam adsertorem non facere, quin ducat puellam sistendamque in adventum eius, qui pater dicatur, promittat.

Das Dekret ist in dieser Form juristisch unmöglich. Allerdings kann aufser dem Vater niemand als Kontravindikant zugelassen werden. Stellvertretung ist im Legisaktionsprozefs prinzipiell unstatthaft und nur in drei Fällen ausnahmsweise gestattet nach Inst. IV, 10: cum olim in usu fuisset alterius nomine agere non posse, nisi pro populo, pro libertate (natürlich eiusdem alterius), pro tutela. Hier könnte nur der mittlere Fall in Betracht kommen; allein wer hier als Prozefsgegner des Claudius aufträte, würde nicht Stellvertreter der Verginia sein, die nicht Prozefspartei, sondern Prozefsobjekt ist, sondern des Verginius, würde sich also nicht mit der Legitimation decken können, welche in dem Grundsatz der citierten Institutionenstelle enthalten ist, denn Verginius' Freiheit steht nicht auf dem Spiele[1]. Demnach hat also Appius das Recht und die Pflicht, jeden Dritten, seien es namenlose advocati oder Numitorius oder Icilius, als Kontravindikanten abzulehnen. Allein daraus folgt nicht im Entferntesten, dafs Verginia nun bis zur Ankunft des Vaters in Claudius Hände gegeben werden darf. Selbstverständlich mufs die Einleitung des Prozesses in Abwesenheit des Vaters abgelehnt und das Mädchen inzwischen etwa gegen ein vadimonium in iure sisti ihren Verwandten überlassen werden.

Appius trifft die entgegengesetzte Entscheidung. Schon oben wurde ausgeführt, wie aus den Worten „qui asserantur in libertatem“ hervorgeht, dafs er das Verfahren als vindicatio in libertatem d. h. Claudius als Beklagten, Verginius als eventuellen Kläger auffafst, offenbar weil er dessen Besitz der patria potestas über Verginia auf den diesbezüglichen Antrag des Klienten für dolos erklärt hat. Ein Residuum dieser Auffassung liegt, von Livius zweifellos nicht erkannt, in der von ihm vorgenommenen Entscheidung über den vorläufigen Besitz der Verginia, die nur als ein Ausflufs seiner Präjudizialentscheidung über die Parteirollen zu erklären ist.

Völlig übereinstimmend ist der entsprechende Bericht bei Dionysius.

ἐγγυήσεως. Gemeint ist natürlich nicht die Verbürgung für rechtzeitige Stellung im Termin (vadimonium in iure sisti), sondern es ist an die praedes litis et vindiciarum nach erfolgter Vindizienregulierung zu denken. Dagegen

---

[1]) Irrtümlich läfst Luterbacher zu dieser Stelle Appius sagen: „Da diese“ (nämlich gewaltfreie Personen) „keinen gesetzlich bestimmten Vertreter hätten, so sei jeder Bürger befugt, für sie vor dem Magistrat einen Rechtshandel zu führen.“ Eine solche allgemeine Stellvertretung ist vielmehr im Legisaktionsprozefs durchaus verboten; dafs sie pro libertate eines Gewaltfreien gestattet wurde, war eine absolut notwendige Durchbrechung dieses Verbots. Denn da jemand, dessen Freiheit bestritten wurde, gegen diesen Angriff sich nicht selbst verteidigen konnte, so wäre er ohnedies schutzlos gewesen. Für den homo alieni iuris trifft das natürlich nicht zu.

im folgenden *ἐγγυητὰς-δόντα* und *περὶ-τιμήματος* ist dieses vadimonium gemeint. Der Beamte lehnt die Anwendung seines Vindizienparagraphen, d. h. die Vornahme der Vindikation ab und erläſst nur eine Präjudizialentscheidung, all' dies dem Livianischen Bericht völlig analog.

Τοῦτο τὸ τέλος ἐξενέγκαντος Ἀππίου, πολὺς μὲν ὀδυρμὸς ὑπὸ τῆς παρθένου καὶ τῶν περὶ αὐτὴν γυναικῶν ἐγίνετο καὶ κοπετός, πολλὴ δὲ κραυγὴ καὶ ἀγανάκτησις ἐκ τοῦ περιεστηκότος ὄχλου τὸ βῆμα. ὁ δὲ μέλλων ἄγεσθαι τὴν κόρην Ἰκίλιος ἐμφύεταί τε αὐτῆς καί φησιν· οὐκ ἐμοῦγε ζῶντος, Ἄππιε, ταύτην ἀπάξεταί τις. ἀλλ' εἴ σοι δέδοκται, τὸν μὲν νόμον καταλύειν, τὰ δὲ δίκαια συγχέειν καὶ τὴν ἐλευθερίαν ἡμῶν ἀφαιρεῖσθαι μηκέτι τὴν ὀνειδιζομένην ἡμῖν ἀρνοῦ τυραννίδα, ἀλλὰ τὸν ἐμὸν ἀποκόψαι τράχηλον ταύτην τε ἀπαγαγεῖν, ὅπου σοι δοκεῖ, καὶ τὰς ἄλλας παρθένους καὶ γυναῖκας. ἵνα δὴ μάθωσιν ἤδη ποτὲ Ῥωμαῖοι δοῦλοι γεγονότες ἀντ' ἐλευθέρων καὶ μηδὲν ἔτι μεῖζον φρονῶσι τῆς τύχης· τί οὖν ἔτι μέλλεις, ἀλλ' οὐ τοὐμὸν ἐκχέεις αἷμα πρὸ τοῦ βήματος ἐν τοῖς ἁπάντων ὀφθαλμοῖς; ἴσθι μέντοι σαφῶς, ὅτι ἢ μεγάλων κακῶν ἄρξει Ῥωμαίοις ὁ θάνατος οὑμὸς ἢ μεγάλαν ἀγαθῶν.

adversus iniuriam decreti cum multi magis fremerent quam quisquam unus recusare auderet, P. Numitorius puellae avus et sponsus Icilius interveniunt. dataque inter turbam via, cum multitudo Icili maxime interventu resisti posse Appio crederet, lictor decresse ait, vociferantempue Icilium submovet. placidum quoque ingenium tam atrox iniuria accendisset: „ferro hinc tibi submovendus sum, Appi" inquit, ,,ut tacitum feras quod celari vis. virginem ego hanc sum ducturus nuptamque pudicam habiturus. proinde omnes collegarum quoque lictores convoca, expediri virgas et secures iube: non manebit extra domum patris sponsa Icili. non, si tribunicium auxilium et provocationem plebi Romanae, duas arces libertatis tuendae, ademistis, ideo in liberos quoque nostros coniugesque regnum vestrae libidini datum est. saevite in tergum et in cervices nostras: pudicitia saltem in tuto sit. huic si vis adferetur, ego praesentium Quiritium pro sponsa, Verginius militum pro unica filia, omnes deorum hominumque inplorabimus fidem, neque tu istud umquam decretum sine caede nostra referes. postulo, Appi, etiam atque etiam consideres, quo progrediare. Verginius viderit de filia, ubi venerit, quid agat: hoc tantum sciat, sibi, si huius vindiciis cesserit, condicionem filiae quaerendam esse. me vindicantem sponsam in libertatem vita citius deseret quam fides."

iniuriam decreti. Die Natur dieses Dekretes ist in dem Vorhergehenden beleuchtet worden. Vollkommen zutreffend sieht Luterbacher zu dieser Stelle das faktische Resultat des Dekrets darin, dafs „dem Vater die Stellung des Klägers zugewiesen“ wird.

P. Numitorius — interveniunt. Bei Dionysius führen beide von Anfang an den Widerstand gegen Appius. Über die Gründe und Konsequenzen dieser Erscheinung ist oben gesprochen worden. Zweifellos hat hier die eine von den Quellenschichten eingesetzt, die in der Livianischen Vorlage kontaminiert sind. Es ist nicht unmöglich, dafs die Nähte nicht blofs bei Livius, wo dieses sogleich nachzuweisen sein wird, sondern auch bei Dionys. noch erkennbar sind. Denn bei letzterem wird Icilius an dieser Stelle der Verhandlungen gleichsam von neuem als *μέλλων ἄγεσθαι τὴν κόρην* eingeführt, ohne Rücksicht auf cap. 28 init., wo er dem Leser bereits vorgestellt war. Doch wäre der Einwand nicht ganz von der Hand zu weisen, dafs jene Wenduug bei Dion. durch dessen Rücksichtnahme auf den rhetorischen Effekt hinreichend erklärt werden kann.

Jedenfalls liegen aber die Spuren dieser ehemaligen Kontamination in dem Livianischen Bericht deutlich zu Tage. Mit Recht bemerkt Weifsenborn zu den Worten neque — referes, dafs Icilius das frühere Dekret hiernach als nicht vorhanden betrachtet. Ganz natürlich, es ist dies ein Residuum einer Tradition, die den Prozefs hier beginnen liefs. Sie hatte ein gutes Recht, die Vorgänge nicht zu kennen, die eine andere Quelle vorher spielen liefs, zumal die gröfsere juristische Korrektheit (darüber vergl. das Folgende) diese Schicht als die ältere erweist. Dafs aber, gegenüber der Schlufskatastrophe beide hier unterschiedene Schichten, sowohl die an die advocati wie die an die Verwandten anknüpfende, Interpolationen sind, welche, wenn auch unter sich verschieden, beide der jüngeren Annalistik angehören, wird, soweit es sich nicht aus Cap. II dieser Untersuchung ergiebt, im einzelnen zu cap. 46 zu erweisen sein.

Si huius vindiciis cesserit. Offenbar will Icilius korrekter Weise den Prozefs bis zur Ankunft des Vaters verschoben wissen. Dies ergiebt sich aus dem Umstande, dafs er nicht sich, sondern den Vater als Gegner in dem etwaigen Streit um die Vindizien voraussetzt. (So auch W.) Icilius vermeidet also den Fehler und die Konfusion in dem Verlangen der advocati: hierin liegt der Beweis für die bessere Qualität dieser Quellen. Allein er mufste eine Zurücknahme der in Appius erstem Dekret liegenden Präiudizialentscheidung über den thatsächlichen status der Verginia verlangen. In den Worten neque — referes liegt das, wie bemerkt, nicht, vielmehr wirkte der Umstand, dafs eine der von Livius Vorlage kontaminierten Quellenschichten den Beginn des Prozesses an diese Stelle setzte, so weit nach, dafs Icilius bei Livius nicht gegen eine bereits begangene, sondern gegen eine zu befürchtende Vergewaltigung protestiert.

me vindicantem etc. ist untechnisch in übertragenem Sinne zu nehmen: ich werde bis zum letzten Atemzuge die Freiheit meiner Braut verteidigen.

XXXII. *Ἔτι δ' αὐτοῦ βουλομένου λέγειν, οἱ μὲν ῥαβδοῦχοι κελευσθέντες ὑπὸ τῆς ἐξουσίας ἀνεῖργον αὐτοὺς ἀπὸ τοῦ βήματος*

καὶ πειθαρχεῖν τοῖς κεκριμένοις ἐκέλευον· ὁ δὲ Κλαύδιος ἐπιλαβόμενος τῆς παιδὸς ἀπάγειν ἐβούλετο τοῦ θείου καὶ τοῦ μνηστῆρος ἀντεχομένην. ἰδόντες δὲ πένθος ἐλεεινὸν οἱ περὶ τὸ βῆμα πάντες ἀνέκραγον ἅμα καὶ παρ' οὐδὲν ἡγησάμενοι τὴν τοῦ κρατοῦντος ἐξουσίαν, ὠθοῦνται τοῖς βιαζομένοις ὁμόσε. ὥστε δείσαντα τὴν ἐπιφορὰν αὐτῶν τὸν Κλαύδιον τήν τε κόρην ἀφεῖναι καὶ ὑπὸ τοὺς πόδας τοῦ στρατηγοῦ καταφυγεῖν. ὁ δ' Ἄππιος κατ' ἀρχὰς μὲν εἰς πολλὴν ταραχὴν κατέστη, ἠγριωμένους ἅπαντας ὁρῶν, καὶ πολὺν ἠπόρει χρόνον ὅτι χρὴ ποιεῖν· ἔπειτα τὸν Κλαύδιον καλέσας ἐπὶ τὸ βῆμα καὶ μικρὰ διαλεχθεὶς πρὸς αὐτὸν ὡς ἐδόκει, τοῖς τε περιεστῶσι διασημήνας ἡσυχίαν παρασχεῖν, λέγει τοιάδε· Ἐγὼ τὸ μὲν ἀκριβές, ὦ δημόται, περὶ τῆς διεγγυήσεως τοῦ σώματος, ἐπειδὴ τραχυνομένους ὑμᾶς πρὸς τὴν ἀπόφασιν ὁρῶ, παρίημι· χαρίζεσθαι δ' ὑμῖν βουλόμενος πέπεικα τὸν ἐμαυτοῦ πελάτην ἐᾶσαι μὲν τοῖς συγγενέσι τῆς παρθένου δοῦναι διεγγύησιν, ἕως ὁ πατὴρ αὐτῆς παραγένηται. ἀπάγεσθε οὖν, ὦ Νομιτώριε, τὴν κόρην καὶ τὴν ἐγγύην ὁμολογεῖτε περὶ αὐτῆς εἰς τὴν αὔριον ἡμέραν. ἀπόχρη γὰρ ὑμῖν ὁ χρόνος οὗτος ἀπαγγεῖλαί τε Οὐεργινίῳ τήμερον, καὶ τριῶν ἢ τεττάρων ὡρῶν αὔριον ἐκ τοῦ χάρακος δεῦρο ἀγαγεῖν.

πλείονα δ' αὐτῶν χρόνον αἰτουμένων οὐδὲν ἔτι ἀποκρινάμενος ἀνέστη καὶ τὸν δίφρον ἐκέλευσεν ἆραι.

XLVI. Concitata multitudo erat certamenque instare videbatur. lictores Icilium circumsteterant. nec ultra minas tamen processum est, cum Appius non Verginiam defendi ab Icilio, sed inquietum hominem et tribunatum etiam nunc spirantem locum seditionis quaerere diceret. non praebiturum se illi eo die materiam; sed ut iam sciret, non id petulantiae suae sed Verginio absenti et patrio nomini et libertati datum, ius eo die se non dicturum neque decretum interpositurum; a M. Claudio petiturum, ut decederet iure suo vindicarique puellam in posterum diem pateretur, quod nisi pater postero die adfuisset, denuntiare se Icilio similibusque Icili neque legi suae latorem neque decemviro constantiam defore; nec se utique collegarum lictores convocaturum ad coercendos seditionis auctores, contentum se suis lictoribus fore.

Appius giebt jetzt nach, und der Stand der Dinge ist derselbe wie vor Beginn der Verhandlungen. Seine Ausdrücke zeigen deutlich, dafs bisher überhaupt noch keine juristische Handlung vorgenommen ist: ius eo die — interpositurum. Schon oben wurde darauf hingewiesen, dafs Icilius' Widerstand sich nicht auf ein zu erwartendes, sondern auf ein bereits erlassenes Dekret beziehen müfste. Ganz dasselbe ergab sich unmittelbar aus den

Worten von Icilius neque — referes. So konnten Icilius und Appius nur in einer Quelle sprechen, die den ganzen Prozefsbericht erst bei Livius 45,4 begann. Eine Spur derselben Quelle lag auch, wie wir sehen, bei Dionysius an der Stelle (in. c. XXXI) vor, welche der eben citierten bei Livius entspricht.

Man kann hier bis zu einem gewissen Grade das allmähliche Anwachsen der Überlieferung erkennen und motivieren. In Wirklichkeit ist der Stand der Dinge jetzt derselbe, wie beim Beginn des Prozesses, oder anders ausgedrückt: Der Prozefs beginnt jetzt mit dem Schritt, mit dem er juristisch beginnen mufs und allein beginnen kann, mit der Citation des Verginius; das Verfahren wird bis dahin sistiert. Damit ist also alles aufgegeben, was sich zur Motivierung der Katastrophe aus Verginius' Abwesenheit ergab.

In Kapitel II wurde der Nachweis versucht, dafs alles, was in unseren Berichten mit Verginius' Abwesenheit zusammenhängt, der jüngeren Annalistik angehört. In der That wird diese Abwesenheit in der entscheidenden Schlufsscene von keinem einzigen antiken Historiker auch nur als möglich gedacht: diese Schlufsscene war eben fest und alt überliefert, wahrscheinlich die älteste des ganzen Dramas. Für diejenige Überlieferung, welche in Abwesenheit des Vaters bereits juristische Schritte in der Angelegenheit annahm, trat also die unbequeme Notwendigkeit ein, sich dieser Schritte resp. ihrer Folgen mit möglichst guter Manier wieder zu entledigen: man brauchte unter allen Umständen tabula rasa für die Verhandlung in Gegenwart von Verginius. So liefs man also Icilius, von der drohenden Haltung der Regierten unterstützt, leidenschaftlich intervenieren und Appius daraufhin nachgeben. Verständigerweise hätte Icilius oder wer sonst Zurücknahme des Dekrets verlangen und Appius sie gewähren müssen: dafs der erstere gegen ein zu erlassendes Dekret protestiert und Appius diesem Protest nachgebend von dem Erlafs des gefürchteten Dekrets Abstand nimmt, ist ein Beweis für die Gedankenlosigkeit der späteren Annalisten, die hier wie stets an dem Versuch scheiterten, ihre Erfindungen mit dem älteren Bestande der Tradition organisch oder wenigstens harmonisch zu verbinden. Von der homerischen Kritik an hat die Erfahrung gelehrt, wie ein wesentliches Kriterium umfassenderer Interpolationen darin besteht, dafs sie, um sich nicht als solche zu verraten, gezwungen sind, sich in sich selbst aufzuheben, d. h. den Fortschritt der Handlung, den sie anfangs darstellen, wieder aufzuheben, weil sonst ein Widerspruch mit dem primären Text entstehen müfste. Sie dürfen die Handlung nicht fördern, sondern müssen dieselbe am Schlufs wieder in dem Stadium zurücklassen, an welchem sie sich zu Anfang der Interpolation befunden hat. Sie gehören also in der Sprache der poetischen Technik notwendig zu der Kategorie der retardierenden Momente.

vindicarique in posterum diem. Auch hier scheint Livius den juristischen Kunstausdruck falsch gebraucht und gemeint zu haben, es solle das Mädchen gegen Bürgschaft bis zum folgenden Tage in der Gewalt der Verwandten belassen werden. So zutreffend bei Dionysius *ἐᾶσαι διεγγυήσιν*. Die Verwechslung von Bestellung eines vadimonium und Übernehmen der Vindikation, welche hier Livius begeht, fanden wir oben bei Dionysius: diese Unkenntnis gehörte demnach der gemeinsamen Quelle an.

XXXIII. Ὡς δ' ἀπῆλθεν ἐκ τῆς ἀγορᾶς ἀδημονῶν καὶ μαινόμενος ὑπὸ τοῦ πάθους ἔγνω μηκέτι μεθέσθαι τῆς παρθένου τοῖς συγγενέσιν, ἀλλ' ὅταν ἐπὶ τὴν ἐγγύην προαχθῇ, μετὰ βίας αὐτὴν ἀπάγειν, ἑαυτῷ τε πλείονα φυλακὴν περιστησάμενος, ὡς μηδὲν ὑπὸ τῶν ὄχλων βιασθείη καὶ τὰ πέριξ τοῦ βήματος ἑταίρων τε καὶ πελατῶν ὄχλῳ προκαταλαβών. ἵνα δὲ σὺν εὐσχήμονι δίκῃ τοῦτο πράττῃ, προφάσει μὴ παραγενηθέντος ἐπὶ τὴν ἐγγύην τοῦ πατρὸς ἐπιστολὰς δοὺς τοῖς πιστοτάτοις ἱππεῦσιν ἔπεμψεν ἐπὶ τὸν χάρακα πρὸς Ἀντώνιον, τὸν ἡγεμόνα τοῦ τάγματος, ὑφ' οὗ ἦν Οὐεργίνιος, ἀξιῶν αὐτὸν κατέχειν τὸν ἄνδρα ἐν ἐπιμελεῖ φυλακῇ, μὴ λάθῃ πυθόμενος τὰ περὶ τὴν θυγατέρα καὶ διαδρὰς ἐκ τοῦ χάρακος. ἔφθασαν δ' αὐτὸν οἱ τῇ κόρῃ προσήκοντες, Νομιτωρίου τε υἱὸς καὶ ἀδελφὸς Ἰκίλιου, προαποσταλέντες ὑπ ὀτῶν ἄλλων, ἀρχομένης ἔτι τῆς καταστάσεως, νεανίαι λήματος πλήρεις, ἀπὸ ῥυτῆρος καὶ μετὰ μάστιγος ἐλαθεῖσι τοῖς ἵπποις πρότερον διανύσαντες τὴν ὁδὸν καὶ τῷ Οὐεργινίῳ τὰ πεπραγμένα διασαφηνίσαντες. ὁ δὲ τὴν μὲν ἀληθῆ πρὸς Ἀντώνιον αἰτίαν ἀποκρυψάμενος ἀναγκαίου δέ τινος συγγενοῦς σκηψάμενος πεπύσθαι θάνατον, οὗ τὴν ἐκκομιδήν τε καὶ ταφὴν αὐτὸν ἔδει ποιήσασθαι κατὰ τὸν νόμον, ἀφίεται· καὶ περὶ λύχνων ἁφὰς ἤλαυνε μετὰ τῶν μειρακίων κατ' ἄλλας ὁδούς, διωγμὸν ἀπὸ τοῦ στρατοπέδου καὶ ἐκ τῆς πόλεως δεδοικώς, ὅπερ καὶ συνέβη. Ὁ γὰρ Ἀντώνιος τὰς ἐπιστολὰς δεξάμενος περὶ πρώτην μάλιστα φυλακὴν ἴλην ἀπέστειλεν ἱππέων ἐπ' αὐτόν, ἐκ δὲ τῆς πόλεως ἕτεροι πεμφθέντες ἱππεῖς δι' ὅλης νυκτὸς ἐφρούρουν τὴν ἀπὸ στρατοπέδου φέρουσαν ὁδόν.

ὡς δ' ἀπήγγειλεν Ἀππίῳ τις τὸν Οὐεργίνιον ἐλθόντα παρὰ τὴν ὑπόληψιν ἔξω τῶν φρενῶν γενόμενος παρῆν μετὰ πολλοῦ στίφους ἐπὶ τὸ βῆμα καὶ προάγειν ἐκέλευσε τοὺς τῆς κόρης συγγενεῖς.

προσελθόντων δ' αὐτῶν ὁ μὲν Κλαύδιος τοὺς αὐτοὺς πάλιν διεξελθὼν λόγους ἠξίου τὸν Ἄππιον γενέσθαι δικαστὴν τοῦ πράγματος, μηδεμίαν ἀναβολὴν ποιησάμενον, τόν τε μηνυτὴν παρεῖναι λέγων καὶ τοὺς μάρτυρας καὶ τὴν θεράπαιναν αὐτὴν παραδούς. ἐφ' οἷς ἅπασι πολὺς ὁ προσποίητος σχετλιασμὸς ἦν, εἰ μὴ τεύξονται τῶν ἴσων τοῖς ἄλλοις, ὡς πρότερον, ὅτι πελάτης ἦν αὐτοῦ· καὶ παράκλησις, [ἵνα] μὴ τοῖς ἐλεεινότερα λέγουσιν ἀλλὰ τοῖς δικαιότερα ἀξιοῦσι βοηθοῖ.

XXXIV. Ὁ δὲ τῆς κόρης πατὴρ καὶ οἱ λοιποὶ συγγενεῖς ἀπελογοῦντο περὶ τῆς ὑποβολῆς, πολλὰ καὶ δίκαια καὶ ἀληθῆ λέγοντες, ὡς οὔτ' αἰτίαν οὐδεμίαν εἶχεν ὑποβολῆς εὔλογον ἡ Νομιτωρίου μὲν ἀδελφή, Οὐεργενίου δὲ γυνή, παρθένος γαμηθεῖσα νέῳ ἀνδρὶ καὶ οὐ

μετὰ πολλοὺς τοῦ γάμου τεκοῦσα χρόνους· οὔτ' εἰ τὰ μάλιστα ἐβούλετο γένος ἀλλότριον εἰς τὸν ἴδιον οἶκον εἰςαγαγεῖν δούλης ἀλλοτρίας ἂν ἐλάμβανε παιδίον μᾶλλον, ἢ οὐ γυναικὸς ἐλευθέρας κατὰ γένος ἢ φιλίαν, αὐτῇ προσηκούσης παρ' ἧς πιστῶς τε ἅμα καὶ βεβαίως ἕξει τὸ ληφθέν· ἐξουσίαν τε ἔχουσαν ὁποῖον ἐβούλετο λαβεῖν, ἄῤῥεν ἑλέσθαι παιδίον μᾶλλον ἢ θῆλυ. τεκοῦσαν μὲν γὰρ ἀνάγκην τῶν τέκνων δεομένην, στέργειν καὶ τρέφειν, ὅτι ἂν ἡ φύσις ἐξενέγκῃ· ὑποβαλλομένην δὲ τὸ κρεῖττον ἀντὶ τοῦ χείρονος εἰκὸς εἶναι λαβεῖν. πρός τε τὸν μηνυτὴν καὶ τοὺς μάρτυρας, οὓς ὁ Κλαύδιος ἔφη πολλοὺς καὶ ἀξιόχρεως παρέξεσθαι, τὸν ἐκ τῶν εἰκότων παρείχοντο λόγον ὡς οὐκ ἄν ποτε ἡ Νομιτωρία πρᾶγμα σιγῆς δεόμενον καὶ δι' ἑνὸς ὑπηρετηθῆναι προσώπου δυνάμενον, φανερῶς ἔπραττε καὶ μετὰ μαρτύρων ἐλευθέρων, ἵν' ἐκτραφεῖσαν τὴν κόρην ὑπὸ τῶν κυρίων τῆς μητρὸς ἀφαιρεθείη. τόν τε χρόνον οὐ μικρὸν ἔλεγον εἶναι τεκμήριον τοῦ μηδὲν ὑγιὲς λέγειν τὸν κατήγορον· οὔτε γὰρ ἂν τὸν μηνυτὴν οὔτε τοὺς μάρτυρας κατασχεῖν ἐν πεντεκαίδεκα ἔτεσιν ἀπόῤῥητον τὴν ὑποβολήν, ἀλλ' ἔτι πρότερον εἰπεῖν. διαβάλλοντες δὲ τὰς τῶν κατηγόρων πίστεις, ὡς οὔτ' ἀληθεῖς οὔτε πιθανάς, ἀντιπαρεξετάζειν ταύταις ἠξίουν τὰς ἑαυτῶν, πολλὰς καὶ οὐκ ἀσήμους γυναῖκας ὀνομάζοντες, ἃς ἔφασαν εἰδέναι Νομιτωρίαν ἐγκύμονα γενομένην ἐκ τοῦ περὶ τὴν γαστέρα ὄγκου. χωρὶς δὲ τούτων, τὰς ἐπὶ τοῦ τόκου καὶ τῆς λοχείας παραγενομένας διὰ τὸ συγγενὲς καὶ τικτόμενον τὸ παιδίον ἰδούσας ἐπεδείκνυντο καὶ ἀνακρίνειν ἠξίουν. ὃ δὲ πάντων τεκμήριον ἦν περιφανέστατον, ἔκ τε τῶν ἀνδρῶν πολλοῖς καὶ γυναικῶν μαρτυρούμενον, οὐ μόνον ἐλευθέρων, ἀλλὰ καὶ δούλων, τοῦτ' ἔλεγον τελευτῶντες, ὅτι τῷ γάλακτι τῆς μητρὸς ἐτράφη τὸ παιδίον· ἀμήχανον δ' εἶναι, γάλακτος πληρωθῆναι μαστοὺς γυναικὶ μὴ τεκούσῃ.

XXXV. *Ταῦτά τε καὶ πολλὰ τούτοις ὅμοια παρεχομένων αὐτῶν ἰσχυρὰ καὶ οὐδένα λόγον ἐναντίον δέξασθαι δυνάμενα, καὶ πολὺν ἐν ταῖς συμφοραῖς τῆς κόρης ἔλεον καταχεομένων, οἱ μὲν ἄλλοι πάντες, ὅσοι συνήκουον τῶν λόγων, τῆς τε μορφῆς οἶκτον ἐλάμβανον, ὁπότ' εἰς τὴν παρθένον ἴδοιεν· καὶ γὰρ ἐν ἐσθῆτι οὖσα πιναρᾷ καὶ κατηφὲς ὁρῶσα, καὶ τὸ καλὸν τῶν ὀμμάτων ἐκτήκουσα, τὰς ἁπάντων ἥρπαζεν ὄψεις· οὕτως ὑπεράνθρωπός τις ὥρα περὶ αὐτὴν καὶ χάρις ἦν· καὶ τὸ τῆς τύχης ἀνεκλαίοντο παράλογον, εἰς οἵας ὕβρεις καὶ προπηλακισμοὺς ἐλεύσοιτο ἐξ οἵων ἀγαθῶν. εἰσῄει τ' αὐτοὺς λογισμός, ὅτι τοῦ περὶ τῆς ἐλευθερίας νόμου καταλυθέντος, οὐδὲν ἔσται τὸ κωλῦον καὶ τὰς αὐτῶν γυναῖκας καὶ θυγατέρας τὰ αὐτὰ ἐκείνῃ παθεῖν. ταῦτά τε δὴ καὶ πολλὰ τούτοις ὅμοια ἐπι-*

λογιζόμενοι, καὶ πρὸς ἀλλήλους διαλαλοῦντες, ἔκλαιον. ὁ δ' Ἄππιος, οἷα δὴ φύσιν τ' οὐ φρενήρης ἀνὴρ καὶ ὑπὸ μεγέθους ἐξουσίας διεφθαρμένος, οἰδῶν τε τὴν ψυχὴν καὶ ζέων τὰ σπλάγχνα διὰ τὸν ἔρωτα τῆς παιδός, οὔτε τοῖς λόγοις τῶν ἀπολογουμένων προσεῖχεν, οὔτε τοῖς δάκρυσιν αὐτῆς ἐπεκλᾶτο τῆς κόρης, τήν τε συμπάθειαν τῶν παρόντων δι' ὀργῆς ἐλάμβανεν, ὡς αὐτὸς δὴ πλείονος ἄξιος ὢν ἐλέου, καὶ δεινότερα ὑπὸ τῆς δεδουλωμένης αὐτὸν εὐμορφίας πεπονθώς. διὰ δὴ ταῦτα πάντα οἰστρῶν, λόγον τε ὑπέμεινεν εἰπεῖν ἀναίσχυντον, ἐξ οὗ καταφανὴς ἐγένετο τοῖς ὑπονοοῦσιν, ὅτι το συκοφάντημα κατὰ τῆς κόρης αὐτὸς ἔπλασε, τὸ ἔργον ἐτόλμησε τυραννικὸν πρᾶξαι καὶ ὠμόν.

XXXVI. *Ἔτι γὰρ αὐτῶν λεγόντων, ἡσυχίαν γενέσθαι κελεύσας, ἐπειδὴ σιωπή τ' ἐγένετο καὶ πᾶς ὁ κατὰ τὴν ἀγορὰν ὄχλος τὴν ὁρμὴν ἐλάμβανεν ἐπιθυμίᾳ γνώσεως τῶν ὑπ' αὐτοῦ λεχθησομένων προαχθείς, πολλάκις ἐπιστρέψας τὸ πρόσωπον τῇδε καὶ τῇδε καὶ τὰ στίφη τῶν ἑταίρων οἷς διειλήφει τὴν ἀγορὰν τοῖς ὄμμασι διαριθμησάμενος, τοιάδ' εἶπεν. Ἐγὼ δὲ περὶ τοῦδε τοῦ πράγματος, ὦ Οὐεργίνιε καὶ ὑμεῖς οἱ σὺν τούτῳ παρόντες, οὐ νῦν πρῶτον ἀκήκοα, ἀλλὰ παλαίτερον ἔτι, πρὶν ἢ τήνδε τὴν ἀρχὴν παραλαβεῖν. ὃν τρόπον δ' ἔγνων, ἀκούσατε. ὁ πατὴρ ὁ Μάρκου Κλαυδίου τουδὶ τελευτῶν τὸν βίον ἠξίωσέ με τὸν υἱὸν αὐτοῦ, νήπιον καταλειπόμενον ἐπιτροπεῦσαι· πελάται δ' εἰσὶ τῆς οἰκίας ἡμῶν ἐκ προγόνων. ἐν δὲ τῷ χρόνῳ τῆς ἐπιτροπείας μήνυσις ἐγένετό μοι περὶ τῆς παιδὸς ὡς ὑποβάλοιτο αὐτὴν Νομιτωρία λαβοῦσα παρὰ τῆς Κλαυδίου δούλης, καὶ τὸ πρᾶγμα ἐξετάσας ἔμαθον οὕτως ἔχον. ἐφάπτεσθαι μὲν οὖν ἐμαυτὸν οὐ προσῆκέ μοι· βέλτιον δὲ ἡγησάμην τούτῳ τὴν ἐξουσίαν καταλιπεῖν, ὁπότε γένοιτο ἀνήρ, εἴτε βουληθείη τὴν παιδίσκην ἀπάγειν, εἴτε διαλύσασθαι πρὸς τοὺς τρέφοντας αὐτὴν χρήμασι πεισθεὶς ἢ χαρισάμενος. ἐν δὲ τοῖς μεταξὺ χρόνοις ἐγὼ μὲν εἰς τὰς πολιτικὰς πράξεις ἐγκυλισθεὶς οὐδὲν ἔτι τῶν Κλαυδίου πραγμάτων εἶχον ἐν φροντίδι. τούτῳ δ', ὡς ἔοικε, τὸν ἴδιον ἐξετάζοντι βίον καὶ περὶ τῆς παιδίσκης ἡ μήνυσις ἀπεδόθη, καθάπερ ἐμοὶ πρότερον· καὶ οὐδὲν ἄδικον ἀξιοῖ, τὴν ἐκ τῆς ἑαυτοῦ θεραπαίνης γεγονυῖαν ἀπάγειν βουλόμενος. εἰ μὲν οὖν ἀλλήλους ἔπεισαν αὐτοί, καλῶς ἂν εἶχεν. ἐπεὶ δ' εἰς ἀμφισβήτησιν ἦλθε τὸ πρᾶγμα, μαρτυρῶ τ' αὐτῷ ταῦτα, καὶ κρίνω εἶναι τοῦτον τῆς παιδίσκης κύριον.*

Cum dilatum tempus iniuriae esset secessissentque advocati puellae, placuit omnium primum fratrem Icili filiumque Numitorii, inpigros iuvenes, pergere inde recta ad portam, et quantum accelerari posset Verginium acciri e castris: in eo verti puellae sa-

lutem, si postero die vindex iniuriae ad tempus praesto esset. iussi pergunt, citatisque equis nuntium ad patrem perferunt. cum instaret adsertor puellae, ut vindicaret sponsoresque daret, atque id ipsum agi diceret Icilius, sedulo tempus terens, dum praeciperent iter nuntii missi in castra, manus tollere undique multitudo, et se quisque paratum ad spondendum Icilio ostendere. atque ille lacrimabundus „gratum est“ inquit; „crastina die vestra opera utar, sponserum nunc satis est.“ ita vindicatur Verginia spondentibus propinquis. Appius paulisper moratus, ne eius rei causa sedisse videretur, postquam omissis rebus aliis prae cura unius nemo adibat, domum se recepit collegisque in castra scribit, ne Verginio commeatum dent atque etiam in custodia habeant. inprobum consilium serum, ut debuit, fuit, et iam commeatu sumpto profectus Virginius prima vigilia erat, cum postero die mane de retinendo eo nequiquam litterae redduntur.

XLVII. At in urbe prima luce cum civitas in foro expectatione erecta staret, Verginius sordidatus filiam secum obsoleta veste, comitantibus aliquot matronis, cum ingenti advocatione in forum deducit. circumire ibi et prensare homines coepit et non orare solum precariam opem, sed pro debita petere: se pro liberis eorum ac coniugibus cotidie in acie stare, nec alium virum esse, cuius strenue ac ferociter facta in bello plura memorari possent: quid prodesse, si incolumi urbe, quae capta ultima timeantur, liberis suis sint patienda? haec prope contionabundus circumibat homines. similia his ab Icilio iactabantur. comitatus muliebris plus tacito fletu quam ulla vox movebat. adversus quae omnia obstinato animo Appius — tanta vis amentiae verius quam amoris mentem turbaverat — in tribunal escendit, et ultro querente pauca petitore, ius sibi pridie per ambitionem dictum non esset, priusquam aut ille postulatum perageret, aut Verginio respondendi daretur locus, Appius interfatur. quem decreto sermonem praetenderit, forsan aliquem verum auctores antiqui tradiderint: quia nusquam ullum in tanta foeditate decreti veri similem invenio, id quod constat nudum videtur proponendum, decresse vindicias secundum servitutem.

ut vindicaret — vindicatur Verg. An beiden Stellen ist vindicare wie auch im Vorhergehenden (in posterum diem v.) in einer Bedeutung gebraucht, die dem Wort juristisch nicht zukommt.

instaret assertor — sponsores daret. Der Verfasser scheint dem assertor (Claudius) den Gedanken beizulegen, dafs Icilius nicht in der Lage sein werde, Bürgen zu finden, Icilius nach derselben Quelle ihn eine Weile darin zu

bestärken (cum id ipsum agi diceret), und die Volksmenge, durch sein Ausweichen gleichfalls getäuscht, sich ihm zur Verfügung gestellt zu haben. Man sieht, wie dramatisch eine der bei Livius abgelagerten Quellen vorging.

quem decreto sermonem praetenderit etc. In dem oben erwähnten Programm p. 30 bemerkt Klimke mit einer Interpretationskunst, der nichts unmöglich ist: „Dafs gerade diese Erzählung von den älteren Annalisten ausführlich behandelt wurde, sagt Livius ausdrücklich: Quem decreto etc. — tradiderint.“ Der Verf. ist voraussichtlich der einzige, der in der citierten Stelle einen Anhalt für diese Folgerungen zu entdecken vermag. Dieselbe enthält den sprechenden Beweis für Livius' Ratlosigkeit gegenüber der Schlufssentenz, die vindiciae secundum servitutem dekretierte. Es ist im Verlauf der Untersuchung zu zeigen versucht worden, dafs eine solche Sentenz in der That juristisch möglich und motivierbar war, dafs aber zur Zeit des Livius, ja seiner Quelle die richtige Motivierung nicht mehr verständiich sein konnte. Die Erteilung von vindiciae secundum servitutem war in der älteren Zeit bei der vindicatio in libertatem statthaft gewesen, dann aber auch für diesen Fall allmählich abgekommen und zu Livius' Zeit wol unerhört. Vielleicht dafs er eben, um dieser Schwierigkeit Herr zu werden, grade für die Schlufssentenz noch andere Berichte einsah, von ihrer Wiedergabe aber, grade weil er sie nicht begriff, Abstand nahm. Dies könnte in den Worten forsan etc. liegen. Doch ist eine solche Annahme nicht absolut notwendig: er kann abweichende und ihm unverständliche Berichte schon in seiner Vorlage gefunden haben. Dionysius' Bericht giebt scheinbar eine Definitivsentenz statt des Vindiziendekrets: es ist oben darauf hingewiesen worden, dafs eine solche juristisch aus zahlreichen Gründen absolut unmöglich ist, dafs sie aber anderseits gerade bei dem Griechen, dem der Begriff der Vindizienregulierung sicher unbekannt war, durch ein ziemlich naheliegendes Mifsverständnis aus der letzteren entstehen konnte. Derselbe Bericht, der bei Livius die Erteilung des vindiciae secundum servitutem mitteilte, konnte in der Feder des griechischen Rhetors eine Definitivsentenz ergeben. Freilich betont Livius, das Appius die Gegenpartei nicht habe zu Worte kommen lassen, während Dionysius eine vollständige Verhandlung, Anklage, Verteidigung, Sentenz giebt. Allein das eine ist eine Verlegenheitswendung so gut wie das andere. Selbstverständlich mufs Appius, ehe es zur Vindizienerteilung kommen kann, die Gegenpartei mehr als einmal zu Worte kommen lassen. Dionysius liefs sich natürlich die Gelegenheit nicht entgehn, seine epideiktischen Fertigkeiten an den Tag zu legen, und es ist wohl zu beachten, dafs Anklage und Verteidigung nichts enthalten, was nicht schon vorher bei ihm (c. 29) gesagt war oder sich aus dem Gesagten bei mäfsiger Phantasie entwickeln liefs. Was Appius' Motivierung seiner Sentenz anlangt, die in letzter Linie jedenfalls die mit der Präjudicialentscheidung, dafs der Prozefs als eine vindicatio in libertatem zu betrachten sei, verbundene Erteilung der vindiciae in servitutem war, so wird sich höchst wahrscheinlich die Berufung auf persönliche Kenntnis von der Sache in aller Kürze unter den Motivierungen befunden haben, die Livius stillschweigend als ihm unverständlich ablehnt: in der That konnte sie nur jemand verstehn, der von der allmählich eingetretenen Veränderung des Vindizienrechts Kunde hatte. —

An den einzelnen Phasen der Darstellung ist auf das Quellenverhältnis zwischen Livius und Dionysius Rücksicht genommen worden. Es hat sich herausgestellt, dafs bei dem letztern eine gröfsere Hervorhebung der bei der Entscheidung in Betracht kommenden sachlichen Momente zu bemerken ist, und es konnte die Möglichkeit nicht von vornherein abgelehnt werden. in einzelnen dieser Ausführungen wie auch immer entstellte Reste einer älteren Tradition zu erkennen, welche auf ähnliche Gründe Appius' Entscheidung der Präjudicialfrage und davon abhängende Vindizienregulierung basierte. Allein dafs diese ältere Tradition von Dionysius aus erster oder auch nur zweiter Hand benutzt wurde, ist völlig ausgeschlossen. Auch fehlen anderseits diese sachlichen Momente auch bei Livius nicht ganz: ihr Hervortreten bei Dionysius und besonders die Art desselben erklärt sich aus dem Wesen des griechischen Schriftstellers, und es liegt somit nach dem augenblicklichen Stande unserer Wissenschaft keine Veranlassung vor, die aus zahlreichen Übereinstimmungen sich ergebende wesentliche Gleichheit der Livianischen und der Dionysischen Quelle zu bezweifeln. Diese Übereinstimmungen sind im einzelnen angeführt worden. Als wesentlicher Faktor tritt zu ihnen das gleiche allgemeine Gepräge, welches der Livianisch-Dionysischen Tradition einen einheitlichen Stempel aufdrückt und sie als solche von der älteren und besseren Überlieferung scheidet.

Schlufsbemerkung. Die Umwandlung der eventuellen in die absolute Freilassung des Litigans durante lite ist oben in die Zeit der mittleren oder späteren Republik gesetzt worden. Sie mufs in der definitiven Fixirung des Edictum perpetuum bereits enthalten gewesen sein, da Gaius in seinem Ediktskommentar sie voraussetzt, Dafs jenes Prinzip aber zu Anfang der Kaiserzeit erst geschaffen wurde, halte ich wenigstens für durchaus unwahrscheinlich. An sich wäre eine solche Annahme nicht unmöglich, denn der Livianische wie der Dionysische Bericht enthalten, wie man sieht, nichts was zu der Annahme absolut zwingt, ihre Verfasser hätten das spätere Rechtsprinzip gekannt. Trotzdem halte ich sowohl aus dem Colorit dieser Berichte, wie aus den oben angedeuteten Gründen, die bisher vertretene Auffassung für wahrscheinlicher, habe aber die zweite erwähnen wollen, um die Fehlergrenze anzudeuten, innerhalb deren sich die Untersuchung bewegt. Man erkennt leicht, dafs weder der gesamte Inhalt noch selbst die Details der Darstellung von dieser Differenz berührt werden, die vielmehr rein rechtsgeschichtlich ist: nur das aus meiner Annahme entlehnte Motiv für die Unverständlichkeit der älteren Überlieferung hätte fortzufallen.

Nachträge und Berichtigungen.

Zu S. 8 Zeile 13 ist generische Differenz zu lesen.

- - 12 a. E. Die lex XII tab. (I, 4) ist zu lesen: proletario cui qui volet. Mommsen bei Bruns c. p. 17.

- - 15 — 8 ist (4) zu lesen.

- - 20 Lex XII tab. III, 3. ist in iure als Glossem nach Mommsen bei Bruns c. p. 19 zu streichen.

- - 21 a. A. Es kam hier natürlich nur auf die Sache d. h. die Publikation der formulae an. In der an die vermeintliche Publizierung durch Flavius sich knüpfenden Kontroverse, die zuletzt umfassend von Seeck behandelt wurde, soll hier weiter nicht präjudiziert werden. Ich bitte daher die Worte „durch — Appius“ zu streichen.

- - 33 Anm. 1. Nach Vollendung des Drucks ersehe ich aus Dirksen[1]), dafs die Rekonstruktion des Gesetzes bei Contius[2]) folgendermafsen lautet: Si in servitutem petetur, tum praetor vindicias secundum libertatem dato (sponsoribus acceptis) und bei Hotomann[3]): ut si quis e libertate in servitutem assereretur, Praetor vindicias secundum libertatem decerneret. Beide Autoren haben weder die Tragweite ihrer Konstruktion erkannt, noch dieselbe zu beweisen oder gar die notwendigen Konsequenzen aus ihr zu ziehen versucht. Dies zeigt auch der Umstand, dafs jene Aufstellungen völlig vergessen sind und weder auf die römische Rechtsgeschichte noch auf die Geschichte der Decemviralepoche irgend welchen Einflufs geübt haben. In der That war vor der Auffindung von Gaius' viertem Buch eine wissenschaftliche Untersuchung von Fragen, die mit dem älteren römischen Civilprozefsrecht zusammenhängen, unmöglich. Somit glaube ich den oben[4]) ausgesprochenen Satz, dafs der Vindizienparagraph der XII Tafeln in seiner heutigen Auffassung bisher nie wissenschaftlich angegriffen ist, auch nach dieser Entdeckung aufrecht erhalten zu dürfen.

- - 44. Auch Cicero in de re p. l. c. nennt den Decemvirat als eine rein patrizische Behörde, vielleicht aus blofser Nachlässigkeit: es kam ihm an dieser Stelle auf die Details nicht an.

---

[1]) Dirksen, Übersicht der bisherigen Versuche etc. p. 432.

[2]) Contius Brevis collectio veterum Legis XII Tabularum fragmentorum in Opera Contii Paris. 1616. Neap. 1725 cap. 32.

[3]) Hotomanns, Tripertita commentatio de legibus XII Tabularum Lugd. 1564 cap. 94.

[4]) p. 60.

Zu S. 65 Zeile 9. Nach einer besseren Quelle zu schreiben, cf. Excurs. II bes. p. 186.

- - 74 f. Auch Sittl nimmt in dem Lysias betreffenden Abschnitt seiner griechischen Litteraturgeschichte, wie ich nachträglich ersehe, die Unechtheit der 23. Rede, aber aus formalen Gründen an.

- - 85 a. E. ist *δικῶν λῆξεις* zu lesen.

- - 118 und 123. Es konnte in diesem Zusammenhange nicht gut ausgeführt und soll daher hier erwähnt werden, wie gerade der Umstand, dafs die Interdiktenklage technisch und formal eine Verdoppelung der Sakramentalklage bildet, für die Einseitigkeit der letzteren spricht. Denn die Duplizität der Interdiktenklage deckt sich mit eben dieser Struktur und findet in ihr ihren adäquaten Ausdruck.

- - 129. Die Bedeutung, welche grade die Gestaltung des Freiheitsprozesses für die Entscheidung des ganzen Problems beanspruchen darf, wird heute allgemein übergangen. Dafs wir in der Libertätsklage eine Differenzierung der Parteirollen anzunehmen haben, dürfte aus der Existenz des bekannten praeiudicium utrum in libertatem an in servitutem petatur mit Notwendigkeit zu folgern sein, nicht weniger sicher ist die Thatsache, dafs noch lange nach der bezeugten Existenz dieses Präjudizium gerade der Libertätsprozefs sich in der Form der Legis actio sacramento vollzog. Dafs aber trotz dieser Vorentscheidung die eben erst richterlich festgesetzte Anordnung der Parteirollen im Hauptverfahren sollte ignoriert worden sein, wird man nicht annehmen wollen. Sind wir so zur Konstatierung der Thatsache genötigt, dafs Gleichheit der Parteirollen kein der Sakramentalklage immanentes Prinzip ist, da es sonst nicht hätte durchbrochen werden können, so liegt, so weit ich sehen kann, kein Grund vor, für die Vindikation von Mobilien resp. Immobilien zu läugnen, was wir für die Vindikation von Gewaltrechten zuzugeben uns genötigt sehen. Im Gegenteil scheint mir die notwendige organische Einheit iuristischer und gerade römisch-rechtlicher Gebilde hier die volle Gleichheit der theoretischen Konstruktion zu verlangen.

Ich bemerke bei dieser Gelegenheit. dafs die Deductio und ihr Analogon in den griechischen Rechten hier absichtlich übergangen wurde.

- - 148 Zeile 7. ist altrömischen zu lesen.

Bibliographie.

(Verzeichnis der abgekürzt citierten Werke.)

Bekker, Die Aktionen des römischen Privatrechts I. II. Berlin 1871. 1873.

— Recht des Besitzes. Leipzig 1880.

— Zu den Lehren von L. A. sacramento, dem Utipossidetis und der Possessio, Zeitschrift der Savignystiftung. Romanistische Abteilung. 1884. V. p. 136—165.

Bethmann-Hollweg, Der römische Civilprozefs. I—III. Bonn 1864—1866.

Blackstone, Commentaries on the laws of England. I—IV. London 1854[23].

Brinz, Zur Kontravindikation in Festgaben für L. Spengel. München 1877.

— Gutachten für die königliche Akademie in München in Zeitschrift der Savignystiftung für R. Romanistische Abteilung. 1883. IV. p. 164-176.

Bruns, Die Besitzklagen. Weimar 1874.

— fontes iuri civilis ed. Mommsen. Freiburg und Tübingen 1887[5].

Buecheler und Zitelmann, Die Inschrift von Gortyn. Bonn 1884.

Contius, Brevis collectio veterum Legis XII Tabularum fragmentorum in Opera Contii Neap. 1725.

Danz, Das Sacramentum und die lex Papiria in: Zeitschrift für Rechtsgeschichte. 1867. VI. p. 339—392.

Dareste, La loi de Gortyne in: Bulletin de correspondence hellénique 1885. IX. p. 301—317.

Demelius. Die Exhibitionspflicht. Gratz 1872.

— Der vindex bei in ius vocatio in: Zeitschrift der Savignystiftung. Rom. Abteilung. 1881. II. p. 3—13.

Dernburg, Der römische Civilprozefs von Keller (Recension) in: Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft. 1852. I. p. 457—478.

— Die Stadtrechte der lateinischen Gemeinden Salpensa und Malaca von Theodor Mommsen (Recension) in: Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft. 1855. III. p. 74—93.

— Über das Verhältnis der legis actio sacramento zu dem Verfahren durch sponsio praeiudicialis von Stintzing (Recension) in: Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft. 1853. I. p. 541—544.

— Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts. Halle 1883.

Dittenberger, Sylloge inscriptionum Graecarum I. II. Leipzig 1883.

Dirksen, Übersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölftafel-Fragmente. Leipzig 1824.

Eck, Die sogenannten doppelseitigen Klagen des römischen und gemeinen deutschen Rechts. Berlin 1870.
Eisele, Zur legis actio sacramento in rem. Habilitationsschrift von Philipp Lotmar (Recension) in: Kritische Vierteljahrsschrift. 1877. XIX. p. 512—518.
Exner, Zur Stelle über die Manus Iniectio in der Lex Coloriae Iuliae Genetivae. 1878. XIII. p. 392—398.
Feldkirch, Programm der Jesuitenschule von Feldkirch 1861—62: Der Prozefs um Verginia.
Foucart, Mémoire Paris. 1866.
Goeppert, E. Eck, Die sogenannten doppelseitigen Klagen (Recension) in: Kritische Vierteljahrsschrift. 1872. XIV. p. 532-561.
Hartmann, Über das römische Kontumazialverfahren. Göttingen 1851.
Hildesheimer, de libro, qui inscribitur de viris illustribus. Berlin 1880.
Hotomannus, Tripertita commentatio de legibus XII tabularum Lugd. 1564.
Huschke, Gaius. Leipzig 1855.
— Jurisprudentia anteiustiniana ed. Huschke. Leipzig 1879^4.
Ihering, Über den Grund des Besitzesschutzes. Jena 1869^2.
— Der Geist des römischen Rechts I—III. Leipzig 1877—1880.
Karlowa, Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprozesses. Bonn 1865.
— Der römische Civilprozefs. Berlin 1872.
Keller, Der römische Civilprozefs ed. Wach. Leipzig 1883^7.
Klimke, Diodorus Siculus und die römische Annalistik. Königshütte 1882.
Krüger, Kritische Versuche. Berlin 1870.
Leist, B. W., Der römische Erbschaftsbesitz. Erlangen 1870.
— , Gräcoitalische Rechtsgeschichte. Jena 1884.
— G. A., Der attische Eigentumsstreit. Jena 1886.
Lenel, Beiträge zur Kunde des Edikts und der Ediktskommentare in: Zeitschrift d. Savignystyftung f. Rechtsgeschichte. 1881. II. p. 14—83.
— Das Edictum perpetuum. Leipzig 1883.
Meier-Schömann, Der attische Prozefs, herausgegeben v. Lipsius. Berlin I. II. 1883-1887.
Lotmar, Zur legis actio sacramento in rem. München 1876.
— Kritische Studien in Sachen der Kontravindikation. München 1877.
Livius, Buch III, herausgegeben von Luterbacher. Leipzig 1885.
— —. von Weifsenborn. Berlin 1881.
Mommsen, Römische Chronologie. Berlin 1853^2.
— Die Stadtrechte der lat. Gemeinden Salpensa und Malaga. Leipzig 1855.
— Römische Forschungen. I. Berlin 1864^2. II. Berlin 1879.
— Römisches Staatsrecht. I. II. 1. 2. Berlin 1876. 1877.
— Legis coloniae Iuliae fragmenta nova in: Ephemeris epigraphica. 1877. III. p. 87-112.
Münderloh, Über Schein und Wirklichkeit an der legis actio sacramenti in rem, in: Zeitschrift für Rechtsgeschichte. 1878. XIII. p. 445—487.
Niebuhr, Römische Geschichte. I-III, ed. Isler. Berlin.
Niese, de annalibus Romanis observationes. Marburg 1886 (während des Drucks benutzt).

Nitzsch, Die römische Annalistik. Berlin 1873.
Platner, Prozefs und Klagen bei den Attikern. I. II. Darmstadt 1824.
Puchta, Kursus der Institutionen. I. II. Berlin 1881[9].
Puntschart, Der Prozefs um Verginia. Wien 1860.
Roth, Beitrag zur Lehre von der legis actio sacramento in rem in: Zeitschrift der Savignystifung. Rom. Abt. 1882. III. p. 121—140.
Rudorff, Bemerkungen über das Interdict uti possidetis in: Zeitschrift für gesch. R. 1842. XI. p, 333—361.
— Über die Litiscrescenz ib. 1848. XIV. p. 287—478.
— Römische Rechtsgeschichte. I. II. Berlin 1859.
Sanio, Varroniana in den Schriften römischer Juristen. Leipzig 1867.
Savigny, Über die lis vindiciarum in: Vermischte Schriften. I. Berlin 1850.
— Das Recht des Besitzes. Wien 1865[7].
Schmidt, Der Prozefs um die Freiheit der Verginia in: Zeitschrift für gesch. R. 1848. XIV. p. 71—94.
Schöll, Legis XII tabularum reliquiae. Leipzig 1866.
Schwegler, Römische Geschichte. I—III. Tübingen 1867—1872.
Simon, Zur Inschrift von Gortyn. Wien 1886.
Sittl, Griechische Litteraturgeschichte. I—III. München (nach Vollendung des Drucks benutzt).
Soltau, Die ursprüngliche Bedeutung und Kompetenz der pl. Ädilen. Bonn 1882.
Stintzing, Über das Verhältnis der legis actio sacramento zu dem Verfahren durch sponsio praeiudicialis. Heidelberg 1853.
— Huschke, Gaius (Recension) in: Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft. 1855. III. p. 328—360.
Thalheim, Griechische Rechtsaltertümer. Tübingen und Freiburg 1884.
Ubbelohde, Der Prozefs der Verginia von Puntschart (Recension) in: Göttinger gelehrte Anzeigen. 1863. p. 1481—1500.
Unger, Der Prozefs mit dem Vindex bei der Manus Iniectio in: Zeitschrift f. Rechtsgeschichte. VII. p. 192—208.
Vaniček. Griechisch-lateinisches Etymologisches Wörterbuch. I. II. Leipzig 1877.
Voigt, Über die condictiones ob causam. Leipzig 1862.
— Das Recht der XII Tafeln. I. II. Leipzig 1883.
Wescher et Foucart, Inscriptions de Delphes. Paris 1863.
Wetzell, Der römische Vindikationsprozefs. Leipzig 1845.
Zimmern, Der römische Civilprozefs. Heidelberg 1829.

Druck von Leonhard Simion, Berlin SW.







